سلسلة نصوص تراثية للباحثين (٣٣٣)

من ترجيحات ابن قدامه

في كتابه المغنـي

د/ يوسف بن محمود الحوشان

١٤٤٣هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

١. ١-"ومنها، أن المضاف لا تحصل به الطهارة، وهو على ثلاثة أضرب: أحدها؛ ما لا تحصل به الطهارة رواية واحدة، وهو على ثلاثة أنواع: أحدها، ما اعتصر من الطاهرات كماء الورد، وماء القرنفل، وما ينزل من عروق الشجر إذا قطعت رطبة.

الثاني، ما خالطه طاهر فغير اسمه، وغلب على أجزائه، حتى صار صبغا، أو حبرا، أو خلا، أو مرقا، ونحو ذلك. الثالث، ما طبخ فيه طاهر فتغير به، كماء الباقلا المغلي.

فجميع هذه الأنواع لا يجوز الوضوء بها، ولا الغسل، لا نعلم فيه خلافا، إلا ما حكي عن ابن أبي ليلى والأصم في المياه المعتصرة، أنها طهور يرتفع بها الحدث، ويزال بها النجس.

ولأصحابالشافعي وجه في ماء الباقلا المغلي، وسائر من بلغنا قوله من أهل العلم على خلافهم. قال أبو بكر بن المنذر: أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم أن الوضوء غير جائز بماء الورد، وماء الشجر، وماء العصفر، ولا تجوز الطهارة إلا بماء مطلق، يقع عليه اسم الماء؛ ولأن الطهارة إنما تجوز بالماء، وهذا لا يقع عليه اسم الماء بإطلاقه

الضرب الثاني ما خالطه طاهر يمكن التحرز منه، فغير إحدى صفاته، طعمه، أو لونه، أو ريحه، كماء الباقلا، وماء الحمص، وماء الزعفران. واختلف أهل العلم في الوضوء به، واختلفت الرواية عن إمامنا، - رحمه الله -، في ذلك؛ فروي عنه: لا تحصل الطهارة به. وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وقال القاضي أبو يعلى وهي أصح، وهي المنصورة عند أصحابنا في الخلاف. ونقل عن أحمد جماعة من أصحابه، منهم أبو الحارث، والميموني، وإسحاق بن منصور، جواز الوضوء به.

وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [النساء: ٤٣] وهذا عام في كل ماء؛ لأنه نكرة في سياق النفي، والنكرة في سياق النفي تعم، فلا يجوز التيمم مع وجوده، وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث أبي ذر: «التراب كافيك ما لم تجد الماء» .

وهذا واجد للماء؛ ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه كانوا يسافرون، وغالب أسقيتهم الأدم، والغالب أنها تغير الماء، فلم ينقل عنهم تيمم مع وجود شيء من تلك المياه؛ ولأنه طهور خالطه طاهر لم يسلبه اسم الماء، ولا رقته، ولا جريانه، فأشبه المتغير بالدهن.

ووجه الأولى: أنه ماء تغير بمخالطة ما ليس بطهور يمكن الاحتراز منه، فلم يجز الوضوء به، كماء الباقلا المغلي؛ ولأنه زال عن إطلاقه، فأشبه المغلي. إذا ثبت هذا فإن أصحابنا لم يفرقوا بين المذرور في

الماء مما يخلط بالماء كالزعفران والعصفر والأشنان ونحوه، وبين الحبوب من الباقلا والحمص، والثمر كالتمر والزبيب والورق وأشباه ذلك.". (١)

٢. ٢-"[فصل أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير]

(٥١) فصل: إذا أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير بعد أن غابت، فالماء طاهر؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نفى عنها النجاسة، وتوضأ بفضلها، مع علمه بأكلها النجاسات. وإن شربت قبل أن تغيب، فقال القاضي، وابن عقيل: ينجس؛ لأنه وردت عليه نجاسة متيقنة، أشبه ما لو أصابه بول.

وقال أبو الحسن الآمدي: ظاهر مذهب أصحابنا أنه طاهر، وإن لم تغب؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - عفى عنها مطلقا، وعلل بعدم إمكان الاحتراز عنها؛ ولأننا حكمنا بطهارة سؤرها مع الغيبة في مكان لا يحتمل ورودها على ماء كثير يطهر فاها، ولو احتمل ذلك فهو شك لا يزيل يقين النجاسة، فوجب إحالة الطهارة على العفو عنها، وهو شامل لما قبل الغيبة.

[فصل وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما في مائع أو ماء يسير ثم خرجت حية]

(٥٢) فصل: وإن وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما، في مائع، أو ماء يسير، ثم خرجت حية، فهو طاهر. نص عليه أحمد، فإنه سئل عن الفأرة تقع في السمن الذائب، فلم تمت؟ قال: لا بأس بأكله. وفي رواية قال: إذا كان حيا فلا شيء، إنما الكلام في الميت.

وقيل: يحتمل أن ينجس إذا أصاب الماء مخرجها؛ لأن مخرج النجاسة نجس، فينجس به الماء. ولنا أن الأصل الطهارة، وإصابة الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه، فإن المخرج ينضم إذا وقع الحيوان في الماء، فلا يزول اليقين بالشك.

[فصل حكم جلد الحيوان وشعره وعرقه ودمعه وسؤره في الطهارة والنجاسة]

فصل: كل حيوان حكم جلده وشعره وعرقه ودمعه ولعابه حكم سؤره في الطهارة والنجاسة؛ لأن السؤر إنما يثبت فيه حكم النجاسة في الموضع الذي ينجس لملاقاته لعاب الحيوان وجسمه، فلو كان

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١١

طاهرا كان سؤره طاهرا، وإذا كان نجسا كان سؤره نجسا.

[مسألة إناء حلت فيه نجاسة من ولوغ كلب أو بول]

(٥٤) مسألة قال: (وكل إناء حلت فيه نجاسة؛ من ولوغ كلب، أو بول، أو غيره، فإنه يغسل سبع مرات إحداهن بالتراب) النجاسة تنقسم قسمين: أحدهما؛ نجاسة الكلب والخنزير والمتولد منهما، فهذا لا يختلف المذهب في أنه يجب غسلها سبعا، إحداهن بالتراب، وهو قول الشافعي.

وعن أحمد: أنه يجب غسلها ثمانيا، إحداهن بالتراب، وروي ذلك عن الحسن؛ لحديث عبد الله بن المغفل، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «قال: إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات، وعفروه الثامنة بالتراب.» رواه مسلم. والرواية الأولى **أصح**، ويحمل هذا الحديث على أنه عد التراب ثامنة؛ لأنه وإن وجد مع إحدى الغسلات فهو جنس آخر، فيجمع بين". (١)

٣. ٣-"والمستحب أن يجعل التراب في الغسلة الأولى؛ لموافقته لفظ الخبر، وليأتي الماء عليه بعده فينظفه، ومتى غسل به أجزأه؛ لأنه روي في حديث: " إحداهن بالتراب ". وفي حديث: " أولاهن "، وفي حديث: " في الثامنة "، فيدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود.

[فصل أصاب المحل نجاسات متساوية في الحكم]

(٥٦) فصل: إذا أصاب المحل نجاسات متساوية في الحكم فهي كنجاسة واحدة، وإن كان بعضها أغلظ، كالولوغ مع غيره، فالحكم لأغلظها، ويدخل فيه ما دونه. ولو غسل الإناء دون السبع، ثم ولغ فيه مرة أخرى، فغسله سبعا، أجزأ؛ لأنه إذا أجزأ عما يماثل فعما دونه أولى.

[فصل غسل محل النجاسة فأصاب ماء بعض الغسلات محلا آخر]

(٥٧) فصل: وإذا غسل محل النجاسة فأصاب ماء بعض الغسلات محلا آخر، قبل تمام السبع، ففيه وجهان: أحدهما، يجب غسله سبعا، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار ابن حامد؛ لأنها نجاسة، فلا يراعى فيها حكم المحل الذي انفصلت عنه، كنجاسة الأرض ومحل الاستنجاء. وظاهر قول الخرقي أنه يجب غسلها بالتراب، وإن كان المحل الذي انفصلت عنه قد غسل بالتراب؛ لأنها نجاسة أصابت غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩/١

الأرض، فأشبهت الأولى.

والثاني: يجب غسله من الأولى ستا، ومن الثانية خمسا، ومن الثالثة أربعا، كذلك إلى آخره؛ لأنها نجاسة تطهر في محلها بدون السبع، فطهرت في مثله، كالنجاسة على الأرض؛ ولأن المنفصل بعض المتصل، والمتصل يطهر بذلك، فكذلك المنفصل، وتفارق المنفصل عن الأرض ومحل الاستنجاء؛ لأن العلة في خفتها المحل، وقد زالت عنه، فزال التخفيف، والعلة في تخفيفها هاهنا قصور حكمها بما مر عليها من الغسل.

وهذا لازم لها حسب ما كان، ثم إن كانت قد انفصلت عن محل غسل بالتراب غسل محلها بغير تراب، وإن كانت الأولى بغير تراب غسلت هذه بالتراب. وهذا اختيار القاضي، وهو **أصح** إن شاء الله تعالى (٥٨) فصل: ولا فرق بين النجاسة من ولوغ الكلب، أو يده، أو رجله، أو شعره، أو غير ذلك من أجزائه؛ لأن حكم كل جزء من أجزاء الحيوان حكم بقية أجزائه، على ما قررناه، وحكم الخنزير حكم الكلب؛ لأن النص وقع في الكلب، والخنزير شر منه وأغلظ؛ لأن الله تعالى نص على تحريمه، وأجمع المسلمون على ذلك، وحرم اقتناؤه.". (١)

٤. ٤-"[فصل غسل النجاسة يختلف باختلاف محلها]

(٥٩) فصل: وغسل النجاسة يختلف باختلاف محلها؛ إن كانت جسما لا يتشرب النجاسة كالآنية، فغسله بمرور الماء عليه كل مرة غسلة، سواء كان بفعل آدمي أو غير فعله، مثل أن ينزل عليه ماء المطر، أو يكون في نهر جار، فتمر عليه جريات النهر، فكل جرية تمر عليه غسلة؛ لأن القصد غير معتبر، فأشبه ما لو صبه آدمي بغير قصد، وإن وقع في ماء قليل راكد نجسه ولم يطهر، وإن كان كثيرا احتسب بوضعه فيه ومرور الماء على أجزائه غسلة، فإن خضخضه في الماء وحركه بحيث يمر عليه أجزاء غير التي كانت ملاقية له، احتسب بذلك غسلة ثانية، كما لو مرت عليه جريات من الماء الجاري.

وإن كان المغسول إناء فطرح فيه الماء، لم يحتسب به غسلة حتى يفرغه منه؛ لأنه العادة في غسله، إلا أن يكون يسع قلتين فصاعدا، فملأه، فيحتمل أن إدارة الماء فيه تجري مجرى الغسلات؛ لأن أجزاءه تمر عليها جريات من الماء غير التي كانت ملاقية له، فأشبه ما لو مرت عليها جريات من ماء جار. وقال ابن عقيل: لا يكون غسله إلا بتفريغه منه أيضا. وإن كان المغسول جسما تدخل فيه أجزاء

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٢

النجاسة، لم يحتسب برفعه من الماء غسلة، إلا بعد عصره، وعصر كل شيء بحسبه، فإن كان بساطا ثقيلا أو زليا فعصره بتقليبه ودقه.

[فصل ما أزيلت به النجاسة]

(٦٠) فصل: ما أزيلت به النجاسة، إن انفصل متغيرا بالنجاسة، أو قبل طهارة المحل، فهو نجس؛ لأنه تغير بالنجاسة أو ماء قليل لاقى محلا نجسا لم يطهره، فكان نجسا، كما لو وردت عليه. وإن انفصل غير متغير من الغسلة التي طهر بها المحل، فإن كان المحل أرضا فهو طاهر، رواية واحدة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر أن يصب على بول الأعرابي ذنوب من ماء، ليطهر الأرض التي بال عليها، فلو كان المنفصل نجسا لنجس به ما انتشر إليه من الأرض، فتكثر النجاسة، وإن كان غير الأرض، ففيه وجهان؛ قال أبو الخطاب: **أصحهما** أنه طاهر.

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه انفصل عن محل محكوم بطهارته، فكان طاهرا، كالغسلة الثامنة، وأن المنفصل بعض المتصل والمتصل طاهر، وكذلك المنفصل. والثاني: أنه نجس وهو قول أبي حنيفة. واختاره أبو عبد الله بن حامد؛ لأنه ماء قليل، لاقى محلا نجسا، أشبه ما لو لم يطهرها. قال أبو الخطاب: إنما يحكم بطهارة المنفصل من الأرض إذا كانت قد نشفت أعيان البولة، فإن كانت أعيانها قائمة، فجرى الماء عليها، طهرها.

وفي المنفصل روايتان، كالمنفصل عن غير الأرض. قال: وكونه نجسا **أصح** في كلامه. والأولى الحكم بطهارته؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بغسل بول الأعرابي عقيب بوله، ولم يشترط نشافه.". (١)

٥. ٥–"[فصل اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة]

(٦٨) فصل: وإن اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة، لم يجز التحري، وصلى في كل ثوب بعدد النجس، وزاد صلاة. وهذا قول ابن الماجشون. وقال أبو ثور، والمزني: لا يصلي في شيء منها كالأواني، وقال أبو حنيفة، والشافعي: يتحرى فيها، كقولهم في الأواني والقبلة. ولنا أنه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فيلزمه، كما لو اشتبه الطهور بالطاهر، وكما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣/١

والفرق بين هذا وبين الأواني النجسة من وجهين: أحدهما أن استعمال النجس يتنجس به، ويمنع صحة صلاته في الحال والمآل، وهذا بخلافه. الثاني أن الثوب النجس تباح له الصلاة فيه إذا لم يجد غيره، والماء النجس بخلافه. والفرق بينه وبين القبلة من وجوه: أحدها، أن القبلة يكثر الاشتباه فيها، فيشق اعتبار اليقين، فسقط دفعا للمشقة، وهذا بخلافه.
الثاني أن الاشتباه هاهنا حصل بتفريطه؛ لأنه كان يمكنه تعليم النجس أو غسله، ولا يمكنه ذلك في القبلة. الثالث أن القبلة عليها أدلة من النجوم والشمس والقمر وغيرها، فيصح الاجتهاد في طلبها، ويقوى دليل الإصابة لها، بحيث لا يبقى احتمال الخطأ إلا وهما ضعيفا، بخلاف الثياب.
(٦٩) فصل: فإن لم يعلم عدد النجس، صلى فيما يتيقن به أنه صلى في ثوب طاهر، فإن كثر ذلك وشق، فقال ابن عقيل: يتحرى في أصح الوجهين؛ دفعا للمشقة. والثاني لا يتحرى؛ لأن هذا يندر جدا، فلا يفرد بحكم، ويحسب عليه دليل الغالب.

[فصل ورد ماء فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق]
(٧٠) فصل: وإن ورد ماء فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق، لم يلزمه قبول خبره؛ لأنه ليس من أهل الشهادة ولا الرواية، فلا يلزمه قبول خبره، كالطفل والمجنون، وإن كان المخبر بالغا عاقلا مسلما غير معلوم فسقه، وعين سبب النجاسة، لزم قبول خبره، سواء كان رجلا أو امرأة، حرا أو عبدا، معلوم العدالة أو مستور الحال؛ لأنه خبر ديني، فأشبه الخبر بدخول وقت الصلاة، وإن لم يعين سببها، فقال القاضي: لا يلزم قبول خبره؛ لاحتمال اعتقاده نجاسة الماء بسبب لا يعتقده المخبر، كالحنفي يرى نجاسة الماء الكثير، والشافعي يرى نجاسة الماء اليسير بما لا نفس له سائلة، والموسوس الذي يعتقد نجاسته بما لا ينجسه. ويحتمل أن يلزم قبول خبره، إذا انتفت هذه الاحتمالات في حقه.". (١)

٦. ٦-"مذهب أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا أعلم فيه خلافا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة.» ونهى عن الشرب في آنية الفضة، وقال: «من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة.» وقال - عليه الصلاة والسلام -: «الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم» .

(١) المغني لابن قدامة ٤٧/١

متفق عليهن.
فنهى والنهي يقتضي التحريم، وذكر في ذلك وعيدا شديدا، يقتضي التحريم ويروى " نار جهنم " برفع الراء ونصبها؛ فمن رفعها نسب الفعل إلى النار، ومن نصبها أضمر الفاعل في الفعل، وجعل النار مفعولا، تقديره: يجرجر الشارب في بطنه نار جهنم. والعلة في تحريم الشرب فيها ما يتضمنه ذلك من الفخر والخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، وهو موجود في الطهارة منها واستعمالها كيفما كان، بل إذا حرم في غير العبادة ففيها أولى، فإن توضأ منها، أو اغتسل، فعلى وجهين: أحدهما تصح طهارته. وهو قول الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحابالرأي؛ لأن فعل الطهارة وماءها لا يتعلق بشيء من ذلك، أشبه الطهارة في الدار المغصوبة. والثاني: لا يصح
اختاره أبو بكر؛ لأنه استعمل المحرم في العبادة، فلم يصح، كالصلاة في الدار المغصوبة والأول **أصح**، ويفارق هذا الصلاة في الدار المغصوبة؛ لأن أفعال الصلاة من القيام والقعود والركوع والسجود، في الدار المغصوبة؛ محرم؛ لكونه تصرفا في ملك غيره بغير إذنه، وشغلا له، وأفعال الوضوء؛ من الغسل، والمسح، ليس بمحرم، إذ ليس هو استعمالا للإناء، ولا تصرفا فيه، وإنما يقع ذلك بعد رفع الماء من الإناء، وفصله عنه، فأشبه ما لو غرف بآنية الفضة في إناء غيره، ثم توضأ به؛ ولأن المكان شرط للصلاة، إذ لا يمكن وجودها في غير مكان، والإناء ليس بشرط، فأشبه ما لو صلى وفي يده خاتم ذهب.

[مسألة جعل آنية الذهب والفضة مصبا لماء الوضوء]
مسألة: فإن جعل آنية الذهب والفضة مصبا لماء الوضوء، ينفصل الماء عن أعضائه إليه، صح الوضوء؛ لأن المنفصل الذي يقع في الآنية قد رفع الحدث، فلم يزل ذلك بوقوعه في الإناء، ويحتمل أن تكون كالتي قبلها؛ لأن الفخر والخيلاء وكسر قلوب الفقراء يحصل باستعماله هاهنا؛ كحصوله في التي قبلها، وفعل الطهارة". (١)

٧. ٧-"عنها للمشقة وقد انتفت الحاجة فتنتفي الطهارة. والثاني هي طاهرة. وهذا **أصح**؛ لأنها كانت طاهرة في الحياة، والموت لا يقتضي تنجيسها. فتبقى الطهارة، وما ذكرناه للوجه الأول لا يصح؛ لأننا

(١) المغني لابن قدامة ١/٥٦

لا نسلم وجود علة التنجيس، ولئن سلمناه غير أن الشرع ألغاه، ولم يثبت اعتباره في موضع، فليس لنا إثبات حكمه بالتحكم.

[فصل الخرز بشعر الخنزير]

(٩٦) فصل: واختلفت الرواية عن أحمد في الخرز بشعر الخنزير، فروي عنه كراهته، وحكي ذلك عن ابن سيرين والحكم، وحماد، وإسحاق، والشافعي لأنه استعمال للعين النجسة، ولا يسلم من التنجس بها، فحرم الانتفاع بها، كجلده. والثانية يجوز الخرز به. قال: وبالليف أحب إلينا ورخص فيه الحسن ومالك، والأوزاعي، وأبو حنيفة؛ لأن الحاجة تدعو إليه وإذا خرز به شيئا رطبا، أو كانت الشعرة رطبة نجس، ولم يطهر إلا بالغسل. قال ابن عقيل: وقد روي عن أحمد أنه لا بأس به، ولعله قال ذلك لأنه لا يسلم الناس منه، وفي تكليف غسله إتلاف أموال الناس، فالظاهر أن أحمد إنما عنى لا بأس بالخرز، فأما الطهارة فلا بد منها. والله أعلم.

[فصل أطعمة أهل الكتاب وآنيتهم وثيابهم]

(٩٧) فصل: والمشركون على ضربين: أهل كتاب وغيرهم. فأهل الكتاب يباح أكل طعامهم وشرابهم، والأكل في آنيتهم، ما لم يتحقق نجاستها. قال ابن عقيل: لا تختلف الرواية في أنه لا يحرم استعمال أوانيهم؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾ [المائدة: ٥] وروي عن عبد الله بن المغفل، قال: «دلي جراب من شحم يوم خيبر، فالتزمته، وقلت: والله لا أعطي أحدا منه شيئا. فالتفت، فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يبتسم.» رواه مسلم، وأخرجه البخاري بمعناه.

وروي أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة.» رواه الإمام أحمد، في " المسند " وكتاب " الزهد "، وتوضأ عمر من جرة نصرانية. وهل يكره له استعمال أوانيهم؟ على روايتين: إحداهما: لا يكره؛ لما ذكرناه.

والثانية يكره لما روى أبو ثعلبة الخشني، قال: قلت «يا رسول الله، إنا بأرض قوم أهل كتاب، أفنأكل في آنيتهم؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إن وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا

غيرها فاغسلوها وكلوا فيها» متفق عليه،". (١)

٨. ٨-"[فصل إذا نام الرجل وعليه سراويله]

(١٢٤) فصل: ولا فرق بين كون يد النائم مطلقة أو مشدودة بشيء، أو في جراب، أو كون النائم عليه سراويله أو لم يكن. قال أبو داود: سئل أحمد إذا نام الرجل وعليه سراويله؟ قال: السراويل وغيره واحد، قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا انتبه أحدكم من منامه فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا» . يعني أن الحديث عام، فيجب الأخذ بعمومه.

ولأن الحكم إذا تعلق على المظنة لم يعتبر حقيقة الحكمة، كالعدة الواجبة لاستبراء الرحم، تجب في حق الآيسة والصغيرة، وكذاك الاستبراء، مع أن احتمال النجاسة لا ينحصر في مس الفرج، فإنه قد يكون في البدن بثرة أو دمل، وقد يحك جسده فيخرج منه دم بين أظفاره، أو يخرج من أنفه دم، وقد تكون نجسة قبل نومه فينسى نجاستها لطول نومه، على أن الظاهر عند من أوجب الغسل أنه تعبد؛ لا لعلة التنجيس، ولهذا لم يحكم بنجاسة اليد ولا الماء، فيعم الوجوب كل من تناوله الخبر.

[فصل كان القائم من نوم صبيا أو مجنونا أو كافرا]

(١٢٥) فصل: فإن كان القائم من نوم الليل صبيا أو مجنونا أو كافرا، ففيه وجهان: أحدهما أنه كالمسلم البالغ العاقل؛ لأنه لا يدري أين باتت يده. والثاني، أنه لا يؤثر غمسه شيئا؛ لأن المنع من الغمس إنما يثبت بالخطاب، ولا خطاب في حق هؤلاء؛ ولأن وجوب الغسل هاهنا تعبد، ولا تعبد في حق هؤلاء؛ ولأن غمسهم لو أثر في الماء لأثر في جميع زمانهم؛ لأن الغسل المزيل من حكم المنع من شرطه النية، وما هم من أهلها، ولا نعلم قائلا بذلك.

[فصل النوم الذي يتعلق به الأمر بغسل اليد]

(١٢٦) فصل: والنوم الذي يتعلق به الأمر بغسل اليد ما نقض الوضوء. ذكره القاضي؛ لعموم الخبر في النوم. وقال ابن عقيل: هو ما زاد على نصف الليل؛ لأنه لا يكون بائتا إلا بذلك، بدليل أن من دفع من مزدلفة قبل نصف الليل لا يكون بائتا بها، ولهذا يلزمه دم، بخلاف من دفع بعد نصف الليل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦١/١

والأول أصح، وما ذكره يبطل بما إذا جاء مزدلفة بعد نصف الليل، فإنه يكون بائتا بها، ولا دم عليه، وإنما بات بها دون النصف.

[فصل غسل اليدين يفتقر إلى النية]

(١٢٧) فصل: وغسل اليدين يفتقر إلى النية عند من أوجبه في أحد الوجهين؛ لأنه طهارة تعبدية، فأشبه الوضوء والغسل. والثاني: لا يفتقر إلى النية؛ لأنه معلل بوهم النجاسة، ولا تعتبر في غسلها النية؛ ولأن المأمور به الغسل، وقد أتى به، والأمر بالشيء يقتضي حصول الإجزاء به. ولا يفتقر الغسل إلى تسمية.". (١)

٩. ٩-"[فصل المبالغة مستحبة في سائر أعضاء الوضوء]

(١٣٣) فصل: المبالغة مستحبة في سائر أعضاء الوضوء؛ لقوله - عليه السلام -: «أسبغ الوضوء.» والمبالغة في المضمضة إدارة الماء في أعماق الفم وأقاصيه وأشداقه، ولا يجعله وجورا لم يمجه، وإن ابتلعه جاز؛ لأن الغسل قد حصل. والمبالغة في سائر الأعضاء بالتخليل، وبتتبع المواضع التي ينبو عنها الماء بالدلك والعرك ومجاوزة موضع الوجوب بالغسل. وقد روى نعيم بن عبد الله، «أنه رأى أبا هريرة يتوضأ، فغسل وجهه ويديه حتى كاد أن يبلغ المنكبين، ثم غسل رجليه حتى رفع إلى الساقين، ثم قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: إن أمتي يأتون يوم القيامة غرا محجلين من أثر الوضوء، فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل» . متفق عليه.

وروى أبو حازم عنه قريبا من هذا، وقال: سمعت خليلي يقول: «تبلغ الحلية من المؤمن حيث يبلغ الوضوء» متفق عليه.

[مسألة تخليل اللحية]

(١٣٤) مسألة قال: وتخليل اللحية وجملة ذلك: أن اللحية إن كانت خفيفة تصف البشرة وجب غسل باطنها. وإن كانت كثيفة لم يجب غسل ما تحتها، ويستحب تخليلها. وممن روي عنه أنه كان يخلل لحيته: ابن عمر، وابن عباس، والحسن، وأنس، وابن أبي ليلى وعطاء بن السائب.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٧٥

وقال إسحاق: إذا ترك تخليل لحيته عامدا أعاد، لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يخلل لحيته.» رواه عنه عثمان بن عفان. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال البخاري: هذا أصح حديث في الباب.

وروى أبو داود عن أنس، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان إذا توضأ أخذ كفا من ماء فأدخله تحت حنكه وقال: هكذا أمرني ربي عز وجل.» وعن ابن عمر، قال «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا توضأ عرك عارضيه بعض العرك، ثم شبك لحيته بأصابعه من تحتها.» رواه ابن ماجه. وقال عطاء وأبو ثور: يجب غسل باطن شعور الوجه وإن كان كثيفا كما يجب في الجنابة؛ ولأنه مأمور بغسل الوجه في الوضوء كما أمر بغسله في الجنابة، فما وجب في أحدهما وجب في الآخر مثله. ومذهب أكثر أهل العلم أن ذلك لا يجب، ولا يجب التخليل؛ وممن رخص في ترك التخليل ابن عمر، والحسن بن علي، وطاوس، والنخعي، والشعبي، وأبو العالية، ومجاهد، وأبو القاسم، ومحمد". (١)

١٠. ١٠–"[باب فرض الطهارة] [مسألة قال فرض الطهارة ماء طاهر وإزالة الحدث]

(١٤٢) مسألة قال: وفرض الطهارة ماء طاهر، وإزالة الحدث أراد بالطاهر: الطهور. وقد ذكرنا فيما مضى أن الطهارة لا تصح إلا بالماء الطهور. وعنى بإزالة الحدث الاستنجاء بالماء أو بالأحجار، وينبغي أن يتقيد ذلك بحالة وجود الحدث، كما تقيد اشتراط الطهارة بحالة وجوده. وسمى هذين فرضين لأنهما من شرائط الوضوء، وشرائط الشيء واجبة له، والواجب هو الفرض وفي إحدى الروايتين. وظاهر كلام الخرقي اشتراط الاستنجاء لصحة الوضوء، فلو توضأ قبل الاستنجاء لم يصح كالتيمم. والرواية الثانية: يصح الوضوء قبل الاستنجاء، ويستجمر بعد ذلك بالأحجار، أو يغسل فرجه بحائل بينه وبين يديه ولا يمس الفرج. وهذه الرواية أصح، وهي مذهب الشافعي لأنها إزالة نجاسة، فلم تشترط لصحة الطهارة، كما لو كانت على غير الفرج. فأما التيمم قبل الاستجمار، فقال القاضي: لا يصح وجها واحدا؛ لأن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما أبيح للصلاة، ومن عليه نجاسة يمكنه إزالتها لا تباح له الصلاة، فلم تصح نية الاستباحة كالتيمم قبل الوقت. وقال القاضي: فيه وجه آخر، أنه يصح؛ لأن التيمم طهارة فأشبهت طهارة الوضوء، والمنع من الإباحة لمانع آخر لا يقدح في صحة التيمم، كما لو تيمم في موضع نهي عن الصلاة فيه، أو تيمم من على ثوبه نجاسة أو على بدنه في غير الفرج.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٨/١

وقال ابن عقيل لو كانت النجاسة على غير الفرج من بدنه فهو كما لو كانت على الفرج؛ لما ذكرنا من العلة. والأشبه التفريق بينهما، كما لو افترقا في طهارة الماء؛ ولأن نجاسة الفرج سبب وجوب التيمم، فجاز أن يكون بقاؤها مانعا منه، بخلاف سائر النجاسات.

[مسألة النية للطهارة]

(١٤٣) مسألة: قال: والنية للطهارة يعني نية الطهارة. والنية: القصد، يقال: نواك: الله بخير. أي قصدك به. ونويت السفر. أي: قصدته، وعزمت عليه. والنية من شرائط الطهارة للأحداث كلها، لا يصح وضوء ولا غسل ولا تيمم، إلا بها. روي ذلك عن علي وبه قال ربيعة ومالك والشافعي والليث وإسحاق وأبو عبيدة، وابن المنذر وقال الثوري وأصحابالرأي: لا تشترط النية في طهارة الماء، وإنما تشترط في التيمم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] الآية، ذكر الشرائط، ولم يذكر النية، ولو كانت شرطا لذكرها؛ ولأن مقتضى الأمر حصول الإجزاء بفعل المأمور به، فتقضي الآية حصول الإجزاء بما تضمنته؛ ولأنها طهارة بالماء، فلم تفتقر إلى النية كغسل النجاسة.

ولنا: ما روى عمر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ". (١)

١١. ١١-"كالصلاة، إلا أن النية إنما هي القصد، ولا يعتبر مقارنتها، فمهما علم أنه جاء ليتوضأ وأراد فعل الوضوء مقارنا له أو سابقا عليه قريبا منه فقد وجدت النية، وإن شك في وجود ذلك في أثناء الطهارة لم يصح ما فعله منها، وهكذا إن شك في غسل عضو أو مسح رأسه، كان حكمه حكم من لم يأت به؛ لأن الأصل عدمه، إلا أن يكون ذلك وهما كالوسواس، فلا يلتفت إليه. وإن شك في شيء من ذلك بعد فراغه من الطهارة لم يلتفت إلى شكه؛ لأنه شك في العبادة بعد فراغه منها، أشبه الشك في شرط الصلاة، ويحتمل أن تبطل الطهارة؛ لأن حكمها باق، بدليل بطلانها بمبطلاتها، بخلاف الصلاة.

والأول أصح؛ لأنها كانت محكوما؛ بصحتها قبل شكه، فلا يزول ذلك بالشك، كما لو شك في

(١) المغني لابن قدامة ٨٢/١

وجود الحدث المبطل.

(١٤٨) فصل وإذا وضأه غيره اعتبرت النية من المتوضئ دون الموضئ؛ لأن المتوضئ هو المخاطب بالوضوء، والوضوء يحصل له بخلاف الموضئ، فإنه آلة لا يخاطب به، ولا يحصل له فأشبه الإناء أو حامل الماء إليه.

(١٤٩) فصل وإذا توضأ وصلى الظهر، ثم أحدث وتوضأ وصلى العصر، ثم علم أنه ترك مسح رأسه، أو واجبا في الطهارة في أحد الوضوءين، لزمه إعادة الوضوء والصلاتين معا؛ لأنه تيقن بطلان أحد الصلاتين لا بعينها. وكذا لو ترك واجبا في وضوء إحدى الصلوات الخمس ولم يعلم عينه، لزمه إعادة الوضوء والصلوات الخمس؛ لأنه يعلم أن عليه صلاة من خمس لا يعلم عينها، فلزمته، كما لو نسي صلاة في يوم لا يعلم عينها، وإن كان الوضوء تجديدا لا عن حدث، وقلنا إن التجديد لا يرفع الحدث، فكذلك؛ لأن وجوده كعدمه، وإن قلنا: يرفع الحدث لم يلزمه إلا الأولى؛ لأن الطهارة الأولى إن كانت صحيحة فصلاته كلها صحيحة؛ لأنها باقية لم تبطل بالتجديد، وإن كانت غير صحيحة فقد ارتفع الحدث بالتجديد.

(١٥٠) مسألة: قال: وغسل الوجه، وهو من منابت شعر الرأس إلى ما انحدر من اللحيين والذقن وإلى أصول الأذنين، ويتعاهد المفصل، وهو ما بين اللحية والأذن. غسل الوجه واجب بالنص والإجماع، وقوله: من منابت شعر الرأس، أي في غالب الناس، ولا يعتبر كل واحد بنفسه، بل لو كان أجلح ينحسر شعره عن مقدم رأسه، غسل إلى حد منابت الشعر في الغالب، والأفرع الذي ينزل شعره إلى الوجه، يجب عليه غسل الشعر الذي ينزل عن حد الغالب. وذهب الزهري إلى أن الأذنين من الوجه يغسلان معه؛ لقوله – عليه السلام –: «سجد وجهي لله الذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره.» أضاف السمع إليه كما أضاف البصر.
وقال مالك ما بين اللحية والأذن ليس من الوجه ولا يجب غسله؛ لأن الوجه ما تحصل به المواجهة، وهذا لا يواجه به. قال ابن عبد البر لا أعلم أحدا من فقهاء الأمصار قال بقول مالك هذا.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٨٥/١

١٢. ١٢-"ولنا على الزهري قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الأذنان من الرأس» . وفي حديث ابن عباس، والربيع، والمقدام، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح أذنيه مع رأسه.» وقد ذكرناهما. ولم يحك أحد أنه غسلهما مع الوجه، وإنما أضافهما إلى الوجه لمجاورتهما له، والشيء يسمى باسم ما جاوره.

ولنا على مالك أن هذا من الوجه في حق من لا لحية له، فكان منه في حق من له لحية كسائر الوجه. وقوله: إن الوجه ما يحصل به المواجهة. قلنا: وهذا يحصل به المواجهة في الغلام. ويستحب تعاهد هذا الموضع بالغسل؛ لأنه مما يغفل الناس عنه، قال المروذي: أراني أبو عبد الله ما بين أذنه وصدغه، وقال: هذا موضع ينبغي أن يتعاهد. وهذا الموضع مفصل اللحي من الوجه، فلذلك سماه الخرقي مفصلا.

(١٥١) فصل ويدخل في الوجه العذار، وهو الشعر الذي على العظم الناتئ الذي هو سمت صماخ الأذن، وما انحط عنه إلى وتد الأذن.

والعارض: وهو ما نزل عن حد العذار، وهو الشعر الذي على اللحيين. قال الأصمعي والمفضل بن سلمة: ما جاوز وتد الأذن عارض. والذقن: مجمع اللحيين. فهذه الشعور الثلاثة من الوجه يجب غسلها معه. وكذلك الشعور الأربعة، وهي الحاجبان، وأهداب العينين، والعنفقة، والشارب.

فأما الصدغ، وهو الشعر الذي بعد انتهاء العذار، وهو ما يحاذي رأس الأذن وينزل عن رأسها قليلا، والنزعتان، وهما ما انحسر عنه الشعر من الرأس متصاعدا في جانبي الرأس، فهما من الرأس. وذكر بعض أصحابنا في الصدغ وجها آخر، أنه من الوجه؛ لأنه متصل بالعذار، أشبه العارض، وليس بصحيح؛ فإن الربيع بنت معوذ قالت: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - توضأ فمسح رأسه، ومسح ما أقبل منه وما أدبر، وصدغيه وأذنيه، مرة واحدة.» فمسحه مع الرأس، ولم ينقل أنه غسله مع الوجه؛ ولأنه شعر متصل بشعر الرأس لا يختص الكبير، فكان من الرأس، كسائر نواحيه، وما ذكره من القياس طردي لا معنى تحته، وليس هو أولى من قياسنا. فأما التحذيف، وهو الشعر الداخل في الوجه ما بين انتهاء العذار والنزعة، فهو من الوجه. ذكره ابن حامد.

ويحتمل أنه من الرأس؛ لأنه شعر متصل به، والأول أصح؛ لأن محله لو لم يكن عليه شعر لكان من الوجه، فكذلك إذا كان عليه شعر، كسائر الوجه.

(١٥٢) فصل: وهذه الشعور كلها إن كانت كثيفة لا تصف البشرة، أجزأه غسل ظاهرها. وإن كانت تصف البشرة، وجب غسلها معه. وإن كان بعضها كثيفا وبعضها خفيفا، وجب غسل بشرة الخفيف

معه وظاهر الكثيف. أومأ إليه أحمد – رحمه الله تعالى –. ومن أصحابنا من ذكر في الشارب، والعنفقة، والحاجبين، وأهداب العينين، ولحية المرأة، وجها آخر في وجوب غسل باطنها، وإن كانت كثيفة؛ لأنها لا تستر". (١)

١٣. ١٣-"بيان للغسل المأمور به في الآية، فإن " إلى " تستعمل بمعنى مع، قال الله تعالى: ﴿ويزدكم قوة إلى قوتكم﴾ [هود: ٥٢] . أي مع قوتكم، ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم﴾ [النساء: ٢] ، و ﴿من أنصاري إلى الله﴾ [آل عمران: ٥٢] . فكان فعله مبينا. وقولهم: إن " إلى " للغاية. قلنا: وقد تكون بمعنى مع، قال المبرد: إذا كان الحد من جنس المحدود دخل فيه، كقولهم: بعت هذا الثوب من هذا الطرف إلى هذا الطرف.

[فصل خلق له إصبع زائدة أو يد زائدة في محل الفرض]

(١٦١) فصل: وإن خلق له إصبع زائدة، أو يد زائدة في محل الفرض، وجب غسلها مع الأصلية؛ لأنها نابتة فيه، أشبهت الثؤلول، وإن كانت نابتة في غير محل الفرض كالعضد أو المنكب، لم يجب غسلها، سواء كانت قصيرة أو طويلة؛ لأنها في غير محل الفرض، فأشبهت شعر الرأس إذا نزل عن الوجه، وهذا قول ابن حامد وابن عقيل وقال القاضي: إن كان بعضها يحاذي محل الفرض غسل ما يحاذيه منها. والأول أصح. واختلف أصحاب الرأي في ذلك، كنحو مما ذكرنا.

وإن لم يعلم الأصلية منهما وجب غسلهما جميعا؛ لأن غسل إحداهما واجب، ولا يخرج عن عهدة الواجب يقينا إلا بغسلهما، فوجب غسلهما، كما لو تنجست إحدى يديه ولم يعلم عينها.

[فصل وضوء من تعلقت جلدة من غير محل الفرض حتى تدلت من محل الفرض]

(١٦٢) فصل: وإن انقلعت جلدة من غير محل الفرض، حتى تدلت من محل الفرض، وجب غسلها؛ لأن أصلها في محل الفرض، فأشبهت الإصبع الزائدة، وإن تقلعت من محل الفرض حتى صارت متدلية من غير محل الفرض، لم يجب غسلها؛ قصيرة كانت أو طويلة بلا خلاف؛ لأنها في غير محل الفرض وإن تعلقت من أحد المحلين، فالتحم رأسها في الآخر، وبقي وسطها متجافيا، صارت كالنابتة في

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٦/١

المحلين، يجب غسل ما حاذى محل الفرض منها من ظاهرها وباطنها، وغسل ما تحتها من محل الفرض.

[فصل حكم الوضوء لمن قطعت يده من دون المرفق]

(١٦٣) فصل: وإن قطعت يده من دون المرفق، غسل ما بقي من محل الفرض. وإن قطعت من المرفق غسل العظم الذي هو طرف العضد؛ لأن غسل العظمين المتلاقيين من الذراع والعضد واجب، فإذا زال أحدهما غسل الآخر. وإن كان من فوق المرفقين سقط الغسل لعدم محله.

فإن كان أقطع اليدين فوجد من يوضئه متبرعا لزمه ذلك؛ لأنه قادر عليه. وإن لم يجد من يوضئه إلا بأجر يقدر عليه، لزمه أيضا كما يلزمه شراء الماء. وقال ابن عقيل يحتمل أن لا يلزمه، كما لو عجز عن القيام في الصلاة لم يلزمه استئجار من يقيمه ويعتمد عليه. وإن عجز عن الأجر، أو لم يقدر على من يستأجره، صلى على حسب حاله، كعادم الماء والتراب. وإن وجد". (١)

١٤. ١٤-"[مسألة وضوء النافلة يجزئ لصلاة الفريضة]

(١٨٩) مسألة: قال: وإذا توضأ لنافلة صلى فريضة لا أعلم في هذه المسألة خلافا؛ وذلك لأن النافلة تفتقر إلى رفع الحدث كالفريضة، وإذا ارتفع الحدث تحقق شرط الصلاة وارتفع المانع، فأبيح له الفرض، وكذلك كل ما يفتقر إلى الطهارة، كمس المصحف والطواف، إذا توضأ له ارتفع حدثه، وصحت طهارته، وأبيح له سائر ما يحتاج إلى الطهارة. وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

(١٩٠) فصل يجوز أن يصلي بالوضوء ما لم يحدث، ولا نعلم في هذا خلافا. قال أحمد بن قاسم: سألت أحمد عن رجل صلى أكثر من خمس صلوات بوضوء واحد؟ قال: ما بأس بهذا إذا لم ينتقض وضوءه، ما ظننت أن أحدا أنكر هذا. وقال: «صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - الصلوات الخمس يوم الفتح بوضوء واحد.» وروى أنس قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يتوضأ عند كل صلاة قلت: وكيف كنتم تصنعون، قال: يجزئ أحدنا الوضوء ما لم يحدث.» رواه البخاري وأبو داود. وفي مسلم، عن بريدة قال: «صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم الفتح خمس صلوات بوضوء واحد، ومسح على خفيه، فقال له عمر: إني رأيتك صنعت شيئا لم تكن تصنعه، قال: عمدا صنعته.»

---

(١) المغني لابن قدامة ٩١/١

(١٩١) فصل: وتجديد الوضوء مستحب، نص أحمد عليه في رواية موسى بن عيسى، ونقل حنبل عنه أنه كان يفعله؛ وذلك لما روينا من الحديث، وعن غطيف الهذلي، قال: «رأيت ابن عمر يوما توضأ لكل صلاة، فقلت: أصلحك الله، أفريضة أم سنة، الوضوء عند كل صلاة؟ فقال: لا، لو توضأت لصلاة الصبح لصليت به الصلوات كلها ما لم أحدث، ولكني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: من توضأ على طهر فله عشر حسنات. وإنما رغبت في الحسنات.» أخرجه أبو داود وابن ماجه. وقد نقل علي بن سعيد، عن أحمد: لا فضل فيه. والأول **أصح**.

(١٩٢) فصل: ولا بأس بالوضوء في المسجد إذا لم يؤذ أحدا بوضوئه، ولم يبل موضع الصلاة. قال ابن المنذر أباح ذلك كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار، منهم: ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وأبو بكر بن محمد وابن عمر وابن حزم وابن جريج وعوام أهل العلم، قال: وبه نقول، إلا أن يبل مكانا يجتاز الناس فيه، فإني أكرهه، إلا أن يفحص الحصى عن البطحاء، كما فعل لعطاء وطاوس فإذا توضأ رد الحصى عليه، فإني لا أكرهه، وقد روي عن أحمد أنه يكرهه؛ صيانة للمسجد عن البصاق والمخاط وما يخرج من فضلات الوضوء.". (١)

١٥. ١٥-"عن رش الماء على الخف إذا لم يستجمر الرجل؟ قال أحب إلي أن يغسله ثلاثا. وهذا قول ابن حامد وظاهر قول المتأخرين من أصحابنا أنه نجس، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة فلو قعد المستجمر في ماء قليل نجسه ولو عرق كان عرقه نجسا؛ لأنه مسح للنجاسة، فلم يطهر به محلها كسائر المسح.

ووجه الأول قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «لا تستنجوا بروث ولا عظم، فإنهما لا يطهران» فمفهومه أن غيرهما يطهر؛ ولأن الصحابة - رضي الله عنهم -، كان الغالب عليهم الاستجمار، حتى إن جماعة منهم أنكروا الاستنجاء بالماء، وسماه بعضهم بدعة وبلادهم حارة، والظاهر أنهم لا يسلمون من العرق، فلم ينقل عنهم توقي ذلك، ولا الاحتراز منه ولا ذكر ذلك أصلا وقد نقل عن ابن عمر، أنه بال بالمزدلفة فأدخل يده فنضح فرجه من تحت ثيابه وعن إبراهيم النخعي نحو ذلك، ولولا أنهما اعتقدا طهارته ما فعلا ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٠٥

(٢٢٣) فصل: إذا استنجى بالماء لم يحتج إلى تراب قال أحمد يجزئه الماء وحده.
ولم ينقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه استعمل التراب مع الماء في الاستنجاء ولا أمر به، فأما عدد الغسلات فقد اختلف عن أحمد فيها؛ فقال، في رواية ابنه صالح أقل ما يجزئه من الماء سبع مرات. وقال في رواية محمد بن الحكم: ولكن المقعدة يجزئ أن تمسح بثلاثة أحجار أو يغسلها ثلاث مرات، ولا يجزئ عندي إذا كان في الجسد أن يغسله ثلاث مرات، وذلك لما روت عائشة «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يغسل مقعدته ثلاثا» رواه ابن ماجه وقال أبو داود سئل أحمد عن حد الاستنجاء بالماء؟ فقال ينقي.
وظاهر هذا أنه لا عدد فيه إنما الواجب الإنقاء، وهذا أصح لأنه لم يصح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في ذلك عدد، ولا أمر به، ولا بد من الإنقاء على الروايات كلها، وهو أن تذهب لزوجة النجاسة وآثارها.

[فصول في أدب التخلي]
لا يجوز استقبال القبلة في الفضاء لقضاء الحاجة، في قول أكثر أهل العلم؛ لما روى أبو أيوب قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا أتى أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يولها ظهره، ولكن شرقوا أو غربوا قال أبو أيوب: فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت نحو الكعبة، فننحرف عنها ونستغفر الله عز وجل» متفق عليه. ولمسلم، عن أبي هريرة عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا جلس أحدكم على حاجته فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها»
وقال عروة بن ربيعة وداود:". (١)

١٦. ١٦–"وإن لم يجد شيئا أبعد حتى لا يراه أحد؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من أتى الغائط فليستتر، فإن لم يجد إلا أن يجمع كثيبا من الرمل فليستدبره» وروي عنه – عليه السلام – «أنه خرج ومعه درقة، ثم استتر بها، ثم بال» .
وعن جابر قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا أراد البراز انطلق حتى لا يراه أحد.» والبراز: الموضع البارز، سمي قضاء الحاجة به؛ لأنها تقضى فيه. وعن المغيرة بن شعبة، قال: «كان

(١) المغني لابن قدامة ١/١١٩

النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا ذهب أبعد» ، روى أحاديث هذا الفصل كلها أبو داود وابن ماجه. وقال عبد الله بن جعفر: «كان أحب ما استتر به النبي – صلى الله عليه وسلم – إليه لحاجته هدف أو حائش نخل» رواه ابن ماجه.

(٢٢٧) فصل: ويستحب أن يرتاد لبوله موضعا رخوا؛ لئلا يترشش عليه، «قال أبو موسى كنت مع النبي – صلى الله عليه وسلم – ذات يوم، فأراد أن يتبول، فأتى دمثا في أصل حائط، فبال ثم قال إذا أراد أحدكم أن يتبول فليرتد لبوله» رواه الإمام أحمد ويستحب أن يبول قاعدا؛ لئلا يترشش عليه، قال ابن مسعود من الجفاء أن تبول وأنت قائم. وكان سعد بن إبراهيم لا يجيز شهادة من بال قائما، «قالت عائشة: من حدثكم أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يبول قائما فلا تصدقوه، ما كان يبول إلا قاعدا.» قال الترمذي: هذا أصح شيء في الباب

وقد رويت الرخصة فيه عن عمر وعلي، وابن عمر وزيد بن ثابت وسهل بن سعد وأنس وأبي هريرة وعروة. وروى حذيفة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أتى سباطة قوم، فبال قائما.» رواه البخاري، وغيره. ولعل النبي – صلى الله عليه وسلم – فعل ذلك لتبيين الجواز، ولم يفعله إلا مرة واحدة، ويحتمل أنه كان في موضع لا يتمكن من الجلوس فيه.

وقيل: فعل ذلك لعلة كانت بمأبضه. والمأبض ما تحت الركبة من كل حيوان.

(٢٢٨) فصل: ويستحب أن لا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض؛ لما روى أبو داود عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «كان". (١)

١٧. ١٧–"وعروة وسليمان بن يسار والزهري والأوزاعي والشافعي، وهو المشهور عن مالك، وقد روي أيضا عن عمر بن الخطاب وأبي هريرة وابن سيرين وأبي العالية.

والرواية الثانية، لا وضوء فيه. روي ذلك عن علي وعمار وابن مسعود وحذيفة وعمران بن حصين وأبي الدرداء، وبه قال ربيعة والثوري وابن المنذر، وأصحابالرأي لما روى قيس بن طلق، عن أبيه، قال: «قدمنا على نبي الله – صلى الله عليه وسلم – فجاء رجل كأنه بدوي، فقال: يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعدما يتوضأ؟ فقال وهل هو إلا بضعة منك أو مضغة منك» رواه أبو داود والنسائي، والترمذي، وابن ماجه؛ ولأنه عضو منه، فكان كسائره، ووجه الرواية الأولى ما روت بسرة

(١) المغني لابن قدامة ١٢١/١

بنت صفوان أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من مس ذكره فليتوضأ» وعن جابر مثل ذلك وعن أم حبيبة، وأبي أيوب قالا: سمعنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «من مس فرجه فليتوضأ» وفي الباب عن أبي هريرة رواهن ابن ماجه. وقال أحمد حديث بسرة وحديث أم حبيبة صحيحان. وقال الترمذي حديث بسرة حسن صحيح. وقال البخاري: أصح شيء في هذا الباب حديث بسرة وقال أبو زرعة حديث أم حبيبة أيضا صحيح وقد روي عن بضعة عشر من الصحابة – رضوان الله عليهم –. فأما خبر قيس فقال أبو زرعة، وأبو حاتم: قيس ممن لا تقوم بروايته حجة ثم إن حديثنا متأخر؛ لأن أبا هريرة قد رواه، وهو متأخر الإسلام، صحب النبي – صلى الله عليه وسلم – أربع سنين، وكان قدوم طلق على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهم يؤسسون المسجد أول زمن الهجرة، فيكون حديثنا ناسخا له.

وقياس الذكر على سائر البدن لا يستقيم؛ لأنه تتعلق به أحكام ينفرد بها؛ من وجوب الغسل بإيلاجه والحد والمهر، وغير ذلك.

(٢٤٩) فصل: فعلى رواية النقض لا فرق بين العامد وغيره وبه قال الأوزاعي والشافعي وإسحاق، وأبو أيوب وأبو خيثمة لعموم الخبر، وعن أحمد: لا ينتقض الوضوء إلا بمسه قاصدا مسه.

قال أحمد بن الحسين: قيل لأحمد الوضوء من مس الذكر: فقال: هكذا – وقبض على يده – يعني إذا قبض عليه، وهذا قول مكحول وطاوس وسعيد بن جبير، وحميد الطويل قالوا: إن مسه يريد وضوءا وإلا فلا شيء عليه؛ لأنه لمس، فلا ينقض الوضوء من غير قصد كلمس النساء.

(٢٥٠) فصل: ولا فرق بين بطن الكف وظهره. وهذا قول عطاء والأوزاعي وقال مالك والليث". (١)

١٨. ١٨–"وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين: طاهرا ونجسا؛ فالطاهر لا ينقض الوضوء على حال ما، والنجس ينقض الوضوء في الجملة، رواية واحدة. روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعلقمة وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق، وأصحابالرأي. وكان مالك وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، لا يوجبون منه وضوءا، وقال مكحول: لا وضوء إلا فيما خرج من قبل أو دبر؛ لأنه خارج من غير المخرج، مع بقاء المخرج، فلم يتعلق به نقض الطهارة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣٢

كالبصاق ولأنه لا نص فيه، ولا يمكن قياسه على محل النص، وهو الخارج من السبيلين، لكون الحكم فيه غير معلل ولأنه لا يفترق الحال بين قليله وكثيره، وطاهره ونجسه؛ وها هنا بخلافه، فامتنع القياس.

ولنا: ما روى أبو الدرداء: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قاء فتوضأ، فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان: صدق، أنا صببت له وضوءه.» رواه الأثرم والترمذي، وقال: هذا أصح شيء في هذا الباب قيل لأحمد: حديث ثوبان ثبت عندك؟ قال: نعم. وروى الخلال بإسناده، عن ابن جريج، عن أبيه، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " إذا قلس أحدكم فليتوضأ " قال ابن جريج: وحدثني ابن أبي مليكة، عن عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثل ذلك وأيضا فإنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا؛ ولأنه خارج يلحقه حكم التطهير، فنقض الوضوء كالخارج من السبيل. وقياسهم منقوض بما إذا انفتح مخرج دون المعدة.

(٢٦٠) فصل: وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير، وقال بعض أصحابنا : فيه رواية أخرى، أن اليسير ينقض. ولا نعرف هذه الرواية، ولم يذكرها الخلال في " جامعه " إلا في القلس، واطرحها وقال القاضي: لا ينقض، رواية واحدة. وهو المشهور عن الصحابة، – رضي الله عنهم –. قال ابن عباس في الدم: إذا كان فاحشا فعليه الإعادة. وابن أبي أوفى بزق دما ثم قام فصلى. وابن عمر عصر بثرة فخرج دم، وصلى، ولم يتوضأ. قال أبو عبد الله: عدة من الصحابة تكلموا فيه وأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه، وابن عمر عصر بثرة وابن أبي أوفى عصر دملا وابن عباس قال: إذا كان فاحشا. وجابر أدخل أصابعه في أنفه، وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة في أنفه، وأخرجها متلطخة بالدم. يعني: وهو في الصلاة. وقال أبو حنيفة: إذا سال الدم ففيه الوضوء، وإن وقف على رأس الجرح، لم يجب؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «من قاء أو رعف في صلاته فليتوضأ.» ولنا ما روينا عن الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا. وقد روى الدارقطني، بإسناده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –". (١)

١٩. ١٩–"[فصل الجشاء لا وضوء فيه]

(٢٦٤) فصل: فأما الجشاء فلا وضوء فيه. لا نعلم فيه خلافا قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن الرجل

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣٦

يخرج من فيه الريح مثل الجشاء الكثير؟ قال. لا وضوء عليه. وكذلك النخاعة لا وضوء فيها، سواء كانت من الرأس أو الصدر؛ لأنها طاهرة، أشبهت البصاق.

[مسألة أكل لحم الإبل ينقض الوضوء]

(٢٦٥) مسألة: قال: وأكل لحم الجزور وجملة ذلك أن أكل لحم الإبل ينقض الوضوء على كل حال نيئا ومطبوخا، عالما كان أو جاهلا. وبهذا قال جابر بن سمرة ومحمد بن إسحاق وإسحاق وأبو خيثمة ويحيى بن يحيى وابن المنذر، وهو أحد قولي الشافعي. قال الخطابي: ذهب إلى هذا عامة أصحاب الحديث.

وقال الثوري ومالك والشافعي، وأصحابالرأي: لا ينقض الوضوء بحال؛ لأنه روي عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الوضوء مما يخرج لا مما يدخل» وروي عن جابر، قال: «كان آخر الأمرين من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ترك الوضوء مما مست النار» رواه أبو داود. ولأنه مأكول أشبه سائر المأكولات. وقد روي عن أبي عبد الله أنه قال: في الذي يأكل من لحوم الإبل: إن كان لا يعلم ليس عليه وضوء، وإن كان الرجل قد علم وسمع، فهذا عليه واجب؛ لأنه قد علم، فليس هو كمن لا يعلم ولا يدري. قال الخلال: وعلى هذا استقر قول أبي عبد الله في هذا الباب.

ولنا: ما روى البراء بن عازب قال: «سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن لحوم الإبل، فقال: توضئوا منها وسئل عن لحوم الغنم، فقال: لا يتوضأ منها» رواه مسلم وأبو داود، وروى جابر بن سمرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثله أخرجه مسلم، وروى الإمام أحمد بإسناده، عن أسيد بن حضير، وقال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «توضئوا من لحوم الإبل، ولا تتوضئوا من لحوم الغنم.»

وروى ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك، قال أحمد، وإسحاق وابن راهويه: فيه حديثان صحيحان عن النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ حديث البراء وحديث جابر بن سمرة. وحديثهم عن ابن عباس لا أصل له، وإنما هو من قول ابن عباس، موقوف عليه، ولو صح لوجب تقديم حديثنا عليه؛ لكونه **أصح** منه وأخص والخاص يقدم على العام، وحديث جابر لا يعارض حديثنا أيضا؛ لصحته وخصوصه. فإن قيل: فحديث جابر متأخر، فيكون ناسخا. قلنا: لا يصح النسخ به لوجوه أربعة؛ أحدها، أن الأمر بالوضوء من لحوم الإبل متأخر عن نسخ

الوضوء مما مست النار، أو مقارن له؛". (١)

٢٠. ٢٠-"[فصل أجنب الكافر ثم أسلم]

(٢٩٢) فصل: فإن أجنب الكافر ثم أسلم، لم يلزمه غسل الجنابة، سواء اغتسل في كفره أو لم يغتسل. وهذا قول من أوجب غسل الإسلام، وقول أبي حنيفة. وقال الشافعي عليه الغسل في الحالين. وهذا اختيار أبي بكر؛ لأن عدم التكليف لا يمنع وجوب الغسل، كالصبا والجنون، واغتساله في كفره لا يرفع حدثه؛ لأنه أحد الحدثين، فلم يرتفع في حال كفره كالحدث الأصغر.

وحكي عن أبي حنيفة. وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي أنه يرفع حدثه؛ لأنه أصح نية من الصبي. وليس بصحيح؛ لأن الطهارة عبادة محضة، فلم تصح من كافر، كالصلاة. ولنا - على أنه لا يجب - أنه لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر أحدا بغسل الجنابة مع كثرة من أسلم من الرجال والنساء البالغين المتزوجين؛ ولأن المظنة أقيمت مقام حقيقة الحدث، فسقط حكم الحدث كالسفر مع المشقة.

[فصل استحباب الاغتسال بماء وسدر]

(٢٩٣) فصل: ويستحب أن يغتسل المسلم بماء وسدر، كما في حديث قيس. ويستحب إزالة شعره؛ لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر رجلا أسلم، فقال: احلق. وقال لآخر معه: ألق عنك شعر الكفر واختتن» رواه أبو داود. وأقل أحوال الأمر الاستحباب.

[مسألة الطهر من الحيض والنفاس]

(٢٩٤) مسألة: قال: (والطهر من الحيض والنفاس) قال ابن عقيل: هذا تجوز؛ فإن الموجب للغسل في التحقيق هو الحيض والنفاس؛ لأنه هو الحدث، وانقطاعه شرط وجوب الغسل وصحته، فسماه موجبا لذلك، وهذا كقولهم: انقطاع دم الاستحاضة". (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣٨

(٢) المغني لابن قدامة ١/١٥٣

٢١. ٢١-"الفساق، تخاف المرأة على نفسها منهم، فهي عادمته. وقد توقف أحمد عن هذه المسألة، وقال ابن أبي موسى: تتيمم، ولا إعادة عليها في أصح الوجهين. والصحيح أنها تتيمم، ولا إعادة عليها، وجها واحدا، بل لا يحل لها المضي إلى الماء؛ لما فيه من التعرض للزنا، وهتك نفسها وعرضها، وتنكيس رءوس أهلها، وربما أفضى إلى قتلها، وقد أبيح لها التيمم حفظا للقليل من مالها، المباح لها بذله، وحفظا لنفسها من مرض أو تباطؤ برء، فهاهنا أولى. ومن كان في موضع عند رحله، فخاف إن ذهب إلى الماء ذهب شيء من رحله، أو شردت دابته، أو سرقت، أو خاف على أهله لصا، أو سبعا، خوفا شديدا، فهو كالعادم.

ومن كان خوفه جبنا، لا عن سبب يخاف من مثله، لم تجزه الصلاة بالتيمم. نص عليه أحمد، في رجل يخاف بالليل، وليس شيء يخاف منه، قال: لا بد من أن يتوضأ. ويحتمل أن تباح له بالتيمم، ويعيد إذا كان ممن يشتد خوفه؛ لأنه بمنزلة الخائف لسبب. ومن كان خوفه لسبب ظنه، فتبين عدم السبب، مثل من رأى سوادا بالليل ظنه عدوا، فتبين له أنه ليس بعدو، أو رأى كلبا فظنه أسدا أو نمرا، فتيمم وصلى، ثم بان خلافه، فهل يلزمه الإعادة؟ على وجهين: أحدهما؛ لا يلزمه الإعادة؛ لأنه أتى بما أمر به، فخرج عن عهدته. والثاني يلزمه الإعادة؛ لأنه تيمم من غير سبب يبيح التيمم، فأشبه من نسي الماء في رحله، وتيمم.

[فصل كان مريضا لا يقدر على الحركة ولا يجد من يناوله الماء]

(٣٣٩) فصل: ومن كان مريضا لا يقدر على الحركة، ولا يجد من يناوله الماء، فهو كالعادم. قاله ابن أبي موسى. وهو قول الحسن؛ لأنه لا سبيل له إلى الماء فأشبه من وجد بئرا ليس له ما يستقي به منها. وإن كان له من يناوله الماء قبل خروج الوقت، فهو كالواجد؛ لأنه بمنزلة من يجد ما يستقي به في الوقت. وإن خاف خروج الوقت قبل مجيئه، فقال ابن أبي موسى: له التيمم، ولا إعادة عليه. وهو قول الحسن؛ لأنه عادم في الوقت، فأشبه العادم مطلقا، ويحتمل أن ينتظر مجيء من يناوله؛ لأنه حاضر ينتظر حصول الماء قريبا، فأشبه المشتغل باستقاء الماء وتحصيله.

[فصل وجد بئرا وقدر على التوصل إلى مائها]

(٣٤٠) فصل: إذا وجد بئرا، وقدر على التوصل إلى مائها بالنزول من غير ضرر، أو الاغتراف بدلو أو ثوب يبله ثم يعصره. لزمه ذلك، وإن خاف فوت الوقت؛ لأن الاشتغال به كالاشتغال بالوضوء.

وحكم من في السفينة في الماء كحكم واجد البئر، وإن لم يمكنه الوصول إلى مائها إلا بمشقة، أو تغرير بالنفس، فهو كالعادم. وهذا قول الثوري، والشافعي، ومن تبعهم. ومن كان الماء قريبا منه، يمكنه تحصيله، إلا أنه يخاف فوت الوقت، لزمه السعي إليه والاشتغال بتحصيله، وإن فات الوقت؛ لأنه واجد للماء، فلا يباح له التيمم؛ لقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦]". (١)

٢٢. ٢٢-"في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل، فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيممت، ثم صليت **بأصحابي** الصبح، فذكروا ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا عمرو، أصليت **بأصحابك**، وأنت جنب؟ فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال، وقلت: إني سمعت الله عز وجل يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء: ٢٩] . فضحك رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ولم يقل شيئا» . وسكوت النبي - صلى الله عليه وسلم - يدل على الجواز؛ لأنه لا يقر على الخطأ؛ ولأنه خائف على نفسه، فأبيح له التيمم كالجريح والمريض، وكما لو خاف على نفسه عطشا أو لصا أو سبعا في طلب الماء.

وإذا تيمم وصلى، فهل يلزمه الإعادة؟ على روايتين: إحداهما، لا يلزمه. وهو قول الثوري، ومالك، وأبي حنيفة، وابن المنذر؛ لحديث عمرو، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يأمره بالإعادة، ولو وجبت لأمره بها؛ ولأنه خائف على نفسه، أشبه المريض؛ ولأنه أتى بما أمر به، فأشبه سائر من يصلي بالتيمم. والثانية يلزمه الإعادة.

وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنه عذر نادر غير متصل، فلم يمنع الإعادة كنسيان الطهارة. والأول **أصح**.

ويفارق نسيان الطهارة؛ لأنه لم يأت بما أمر به، وإنما ظن أنه أتى به، بخلاف مسألتنا. وقال أبو الخطاب: لا إعادة عليه إن كان مسافرا، وإن كان حاضرا فعلى روايتين؛ وذلك لأن الحضر مظنة القدرة على تسخين الماء، ودخول الحمامات، بخلاف السفر، وقال الشافعي: يعيد إن كان حاضرا، وإن كان مسافرا فعلى قولين.

[مسألة قال إذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها وصلى به فوائت]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٦

(٣٧٥) مسألة: قال: (وإذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها، وصلى به فوائت إن كانت عليه، والتطوع إلى أن يدخل وقت صلاة أخرى) المذهب أن التيمم يبطل بخروج الوقت ودخوله، ولعل الخرقي إنما علق بطلانه، بدخول وقت صلاة أخرى تجوزا منه، إذا كان خروج وقت الصلاة ملازما لدخول وقت الأخرى، إلا في موضع واحد، وهو وقت الفجر، فإنه يخرج منفكا عن دخول وقت الظهر، ويبطل التيمم بكل واحد منهما فلا يجوز أن يصلي به صلاتين في وقتين، روي ذلك عن علي، وابن عمر، وابن عباس، - رضي الله عنهم -، والشعبي، والنخعي، وقتادة، ويحيى الأنصاري، وربيعة، ومالك، والشافعي، والليث، وإسحاق. وروى الميموني، عن أحمد في المتيمم، قال: إنه ليعجبني أن يتيمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء، أو يحدث؛ لحديث النبي - صلى الله عليه وسلم - في الجنب.

يعني قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: يا أبا ذر، «الصعيد الطيب طهور المسلم، وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه بشرتك» . وهو مذهب سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، والثوري، وأصحابالرأي. وروي عن ابن عباس، وأبي جعفر؛ لأنها طهارة تبيح الصلاة، فلم تتقدر بالوقت كطهارة الماء.". (١)

٢٣. ٢٣-"وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، والشافعي: يجزئه؛ لأن طهارتهما واحدة، فسقطت إحداهما بفعل الأخرى كالبول والغائط. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» ، وهذا لم ينو الجنابة، فلم يجزه عنها؛ ولأنهما سببان مختلفان، فلم تجز نية أحدهما عن الآخر، كالحج والعمرة؛ ولأنهما طهارتان، فلم تتأد إحداهما بنية الأخرى، كطهارة الماء عند الشافعي، وفارق ما قاسوا عليه؛ فإن حكمهما واحد، وهو الحدث الأصغر، ولهذا تجزئ نية أحدهما عن نية الآخر في طهارة الماء.

[فصل التيمم للجنابة لا يجزئ عن الحدث الأصغر]

(٣٨١) فصل: وإن تيمم للجنابة، لم يجزه عن الحدث الأصغر؛ لما ذكرنا والخلاف فيها كالتي قبلها، فعلى هذا يحتاج إلى تعيين ما تيمم له من الحدث الأصغر والجنابة والحيض والنجاسة؛ فإن نوى الجميع

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/١

بتيمم واحد أجزأه؛ لأن فعله واحد، فأشبه طهارة الماء، وإن نوى بعضها أجزأه عن المنوي دون ما سواه، وإن كان التيمم عن جرح في عضو من أعضائه، نوى التيمم عن غسل ذلك العضو.

[فصل التيمم للجنابة دون الحدث]

(٣٨٢) فصل: وإذا تيمم للجنابة دون الحدث، أبيح له ما يباح للمحدث من قراءة القرآن، واللبث في المسجد، ولم تبح له الصلاة، والطواف، ومس المصحف. وإن أحدث لم يؤثر ذلك في تيممه؛ لأنه نائب عن الغسل، فلم يؤثر الحدث فيه، كالغسل. وإن تيمم للجنابة والحدث، ثم أحدث، بطل تيممه للحدث، وبقي تيمم الجنابة بحاله، ولو تيممت المرأة بعد طهرها من حيضها لحدث الحيض، ثم أجنبت، لم يحرم وطؤها؛ لأن حكم تيمم الحيض باق، ولا يبطل بالوطء؛ لأن الوطء إنما يوجب حدث الجنابة. قال ابن عقيل: وإن قلنا كل صلاة تحتاج إلى تيمم، احتاج كل وطء إلى تيمم يخصه، والأول أصح.

[مسألة وجد المتيمم الماء وهو في الصلاة]

(٣٨٣) مسألة: قال: (وإذا وجد المتيمم الماء، وهو في الصلاة، خرج فتوضأ، أو اغتسل إن كان جنبا، واستقبل الصلاة) المشهور في المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه، سواء كان في الصلاة أو خارجا منها؛ فإن كان في الصلاة بطلت، لبطلان طهارته، ويلزمه استعمال الماء، فيتوضأ إن كان محدثا، ويغتسل إن كان جنبا. وبهذا قال الثوري، وأبو حنيفة. وقال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: إن كان في الصلاة، مضى فيها. وقد روي ذلك عن أحمد، إلا أنه روي عنه ما يدل على رجوعه عنه.

قال المروذي: قال أحمد: كنت أقول يمضي. ثم تدبرت، فإذا أكثر الأحاديث على أنه يخرج. وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية. واحتجوا بأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل، فلم يلزمه". (١)

٢٤. ٢٤-"وإن نسيت نوبته حيضناها اليقين وهو ثلاثة أيام، ثم تغتسل، وتصلي بقية الشهر. وإن أيقنت أنه غير الأول، وشكت؛ هل هو الثاني أو الثالث؟ جلست أربعة؛ لأنها اليقين، ثم تجلس من

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٩٧

الشهرين الآخرين ثلاثة ثلاثة، ثم تجلس في الرابع أربعة ثم تعود إلى الثلاثة كذلك أبدا، ويجزئها غسل واحد عند انقضاء المدة التي جلستها، كالناسية إذا جلست أقل الحيض؛ لأن ما زاد على اليقين مشكوك فيه فلا نوجب عليها الغسل بالشك، ويحتمل وجوب الغسل عليها أيضا عند مضي أكثر عادتها؛ لأن يقين الحيض ثابت، وحصول الطهارة بالغسل مشكوك فيه فلا تزول عن اليقين بالشك؛ ولأن هذه متيقنة وجوب الغسل عليها في أحد الأيام الثلاثة في اليوم الخامس، وقد اشتبه عليها، وصحة صلاتها تقف على الغسل، فيجب عليها لتخرج على العهدة بيقين، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها.

وهذا الوجه **أصح** لما ذكرنا، وتفارق الناسية، فإنها لا تعلم لها حيضا زائدا على ما جلسته، وهذه تتيقن لها حيضا زائدا على ما جلسته تقف صحة صلاتها على غسلها منه، فوجب ذلك، فعلى هذا يلزمها غسل ثان، عقيب اليوم الخامس في كل شهر، وإن جلست في رمضان ثلاثة أيام، قضت خمسة أيام؛ لأن الصوم كان في ذمتها، ولا نعلم أن اليومين اللذين صامتهما أسقطا الفرض من ذمتها، فيبقى على الأصل، ويحتمل أن يلزمها في كل شهر ثلاثة أغسال: غسل عقب اليوم الثالث، وغسل عقب الرابع، وغسل عقب الخامس؛ لأن عليها عقيب الرابع غسلا في أحد الأشهر، وكل شهر يحتمل أن يكون هو الشهر الذي يجب الغسل فيه بعد الرابع، فيلزمها ذلك كما قلنا في الخامس.

وإن كان الاختلاف على غير ترتيب، مثل أن تحيض من شهر ثلاثة، ومن الثاني خمسة، ومن الثالث أربعة، وأشباه ذلك، فإن كان هذا يمكن ضبطه ويعتادها على وجه لا يختلف، فالحكم فيه كالذي قبله. وإن كان غير مضبوط، جلست الأقل من كل شهر، وهي الثلاثة إن لم يكن لها أقل منها، واغتسلت عقيبه.

وذكر ابن عقيل في هذا الفصل، أن قياس المذهب أن فيه رواية ثانية، وهي إجلاسها أكثر عادتها في كل شهر، كالناسية للعدد، تجلس أكثر الحيض. وهذا لا يصح، إذ فيه أمرها بترك الصلاة، وإسقاطها عنها مع يقين وجوبها عليها، فإننا متى أمرناها بترك الصلاة خمسة أيام في كل شهر، ونحن نعلم وجوبها عليها، في يومين منها في شهر، وفي يوم في شهر آخر فقد أمرناها بترك الصلاة الواجبة يقينا، فلا يحل ذلك، ولا تسقط الصلاة الواجبة بالاشتباه، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، وفارق الناسية،

فإننا لا نعلم عليها صلاة واجبة يقينا، والأصل بقاء الحيض، وسقوط الصلاة، فتبقى عليه.". (١)

٢٥. ٢٥-"فالناسية لهما، هي التي ذكر الخرقي حكمها، وأنها تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة، يكون ذلك حيضها، ثم تغتسل، وهي فيما بعد ذلك مستحاضة، تصوم وتصلي وتطوف. وعن أحمد أنها تجلس أقل الحيض، ثم إن كانت تعرف شهرها، وهو مخالف للشهر المعروف، جلست ذلك من شهرها، وإن لم تعرف شهرها، جلست من الشهر المعروف؛ لأنه الغالب.

وقال الشافعي في الناسية لهما: لا حيض لها بيقين، وجميع زمنها مشكوك فيه، تغتسل لكل صلاة، وتصلي وتصوم، ولا يأتيها زوجها. وله قول آخر، أنها تجلس اليقين. وقال بعض أصحابه: الأول أصح؛ لأن هذه لها أيام معروفة، ولا يمكن ردها إلى غيرها، فجميع زمانها مشكوك فيه، وقد روت عائشة «أن أم حبيبة استحيضت سبع سنين، فسألت النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمرها أن تغتسل، لكل صلاة» متفق عليه.

ولنا ما روت حمنة بنت جحش، قالت: كنت أستحاض حيضة كبيرة شديدة، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - أستفتيه، فوجدته في بيت أختي زينب بنت جحش. فقلت: يا رسول الله، إني أستحاض حيضة كبيرة شديدة. فما تأمرني فيها؟ قد منعتني الصيام والصلاة، قال: «أنعت لك الكرسف، فإنه يذهب الدم. قلت: هو أكثر من ذلك. إنما أثج ثجا فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - سآمرك أمرين، أيهما صنعت أجزأ عنك، فإن قويت عليهما فأنت أعلم، فقال إنما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة أيام، أو سبعة أيام، في علم الله، ثم اغتسلي فإذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأت فصلي أربعا وعشرين ليلة، أو ثلاثا وعشرين ليلة وأيامها، وصومي، فإن ذلك يجزئك وكذلك فافعلي، كما تحيض النساء، وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن، فإن قويت أن تؤخري الظهر وتعجلي العصر ثم تغتسلين حتى تطهرين وتصلين الظهر والعصر جميعا، ثم تؤخرين المغرب وتعجلين العشاء، ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين، وتغتسلين للصبح، فافعلي، وصومي إن قويت على ذلك.". (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣١/١

(٢) المغني لابن قدامة ٢٣٤/١

٢٦.   ٢٦-"فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو أعجب الأمرين إلي» رواه أبو داود، والترمذي، وقال هذا حديث حسن صحيح. قال: وسألت محمدا عنه، فقال: هو حديث حسن. وحكي ذلك عن أحمد أيضا.

وهو بظاهره يثبت الحكم في حق الناسية؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يستفصلها، هل هي مبتدأة أو ناسية؟ ولو افترق الحال لاستفصل وسأل. واحتمال أن تكون ناسية أكثر، فإن حمنة امرأة كبيرة، كذلك قال أحمد. ولم يسألها النبي - صلى الله عليه وسلم - عن تمييزها؛ لأنه قد جرى من كلامها، من تكثير الدم وصفته ما أغنى عن السؤال عنه، ولم يسألها هل لها عادة فيردها إليها؟ لاستغنائه عن ذلك، لعلمه إياه، إذ كان مشتهرا، وقد أمر به أختها أم حبيبة فلم يبق إلا أن تكون ناسية؛ ولأن لها حيضا لا تعلم قدره، فيرد إلى غالب عادات النساء، كالمبتدأة؛ ولأنها لا عادة لها ولا تمييز، فأشبهت المبتدأة.

وقولهم: لها أيام معروفة. قلنا: قد زالت المعرفة، فصار وجودها كالعدم. وأما أمره أم حبيبة بالغسل لكل صلاة، فإنما هو ندب، كأمره لحمنة في هذا الخبر، فإن أم حبيبة كانت معتادة ردها إلى عادتها، وهي لها أم سلمة، على أن حديث أم حبيبة إنما روي عن الزهري، وأنكره الليث بن سعد، فقال: لم يذكر ابن شهاب أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر أم حبيبة أن تغتسل لكل صلاة، ولكنه شيء فعلته هي.

(٤٦٤) فصل: قوله: " ستا أو سبعا " الظاهر أنه ردها إلى اجتهادها ورأيها، فيما يغلب على ظنها أنه أقرب إلى عادتها أو عادة نسائها، أو ما يكون أشبه بكونه حيضا. ذكره القاضي في بعض المواضع، وذكر في موضع آخر أنه خيرها بين ست وسبع، لا على طريق الاجتهاد، كما خير واطئ الحائض بين التكفير بدينار أو نصف دينار، بدليل أن حرف " أو " للتخيير. والأول إن شاء الله **أصح**؛ لأنا لو جعلناها مخيرة أفضى إلى تخييرها في اليوم السابع بين أن تكون الصلاة عليها واجبة وبين كونها محرمة، وليس لها في ذلك خيرة بحال.

أما التكفير ففعل اختياري، يمكن التخيير فيه بين إخراج دينار أو نصف دينار، والواجب نصف دينار في الحالين؛ لأن الواجب لا يتخير بين فعله وتركه. وقولهم: إن " أو " للتخيير. قلنا: وقد يكون للاجتهاد، كقول الله تعالى ﴿فإما منا بعد وإما فداء﴾ [محمد: ٤] . و " إما " "كأو " في وضعها،

وليس للإمام في الأسرى إلا فعل ما يؤديه إليه اجتهاده أنه الأصلح.". (١)

٢٧. ٢٧-"[فصل لا تخلو الناسية من أن تكون جاهلة بشهرها أو عالمة به]

(٤٦٥) فصل: ولا تخلو الناسية من أن تكون جاهلة بشهرها، أو عالمة به، فإن كانت جاهلة بشهرها، رددناها إلى الشهر الهلالي، فحيضناها في كل شهر حيضة؛ لحديث حمنة؛ ولأنه الغالب، فترد إليه، كردها إلى الست والسبع. وإن كانت عالمة بشهرها، حيضناها في كل شهر من شهورها حيضة؛ لأن ذلك عادتها، فترد إليها، كما ترد المعتادة إلى عادتها في عدد الأيام، إلا أنها متى كان شهرها أقل من عشرين يوما، لم نحيضها منه أكثر من الفاضل عن ثلاثة عشر يوما، أو خمسة عشر يوما؛ لأنها لو حاضت أكثر من ذلك، لنقص طهرها عن أقل الطهر، ولا سبيل إليه.

وهل تجلس أيام حيضها من أول كل شهر، أو بالتحري والاجتهاد؟ فيه وجهان: أحدهما، تجلسه من أول كل شهر إذا كان يحتمل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لحمنة «تحيضي ستة أيام، أو سبعة أيام، في علم الله، ثم اغتسلي وصلي أربعا وعشرين ليلة، أو ثلاثة وعشرين ليلة وأيامها» . فقدم حيضها على الطهر، ثم أمرها بالصلاة والصوم في بقيته؛ ولأن المبتدأة تجلس من أول الشهر، مع أنه لا عادة لها، فكذلك الناسية؛ ولأن دم الحيض دم جبلة، والاستحاضة عارضة، فإذا رأت الدم، وجب تغليب دم الحيض.

والوجه الثاني، أنها تجلس أيامها من الشهر بالتحري والاجتهاد. وهذا قول أبي بكر، وابن أبي موسى؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ردها إلى اجتهادها في القدر بقوله: " ستا أو سبعا ". فكذلك في الزمان؛ ولأن للتحري مدخلا في الحيض، بدليل أن المميزة ترجع إلى صفة الدم. فكذلك في زمنه، فإن تساوى عندها الزمان كله، ولم يغلب على ظنها شيء، تعين إجلاسها من أول الشهر؛ لعدم الدليل فيما سواه.

القسم الثاني، الناسية لعددها دون وقتها، كالتي تعلم أن حيضها في العشر الأول من الشهر، ولا تعلم عدده، فهي في قدر ما تجلسه كالمتحيرة، تجلس ستا أو سبعا، في أصح الروايتين، إلا أنها تجلسها من العشر دون غيرها، وهل تجلسها من أول العشر، أو بالتحري؟ على وجهين. وإن قالت: أعلم أنني

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٣٥

كنت أول الشهر حائضا، ولا أعلم آخره. أو إنني كنت آخر الشهر حائضا ولا أعلم أوله. أو لا أعلم هل كان ذلك أول حيضي أو آخره؟ حيضناها اليوم الذي علمته، وأتمت بقية حيضها مما بعده في الصورة الأولى، ومما قبله في الثانية، وبالتحري في الثالثة، أو مما يلي أول الشهر، على اختلاف الوجهين.

القسم الثالث، الناسية لوقتها دون عددها، وهذه تتنوع نوعين: أحدهما، أن لا تعلم لها وقتا أصلا، مثل أن تعلم أن حيضها خمسة أيام، فإنها تجلس خمسة من كل شهر؛ إما من أوله، أو بالتحري، على اختلاف الوجهين. والثاني، أن تعلم لها وقتا، مثل أن تعلم أنها كانت تحيض أياما معلومة من العشر الأول من كل". (١)

٢٨. ٢٨-"وقال القاضي: لا تجلس منه إلا ما تكرر. فعلى هذا إذا رأت في كل شهر خمسة أحمر ثم خمسة أسود، ثم أحمر واتصل، جلست زمان الأسود، فكان حيضها، والباقي استحاضة. وهل تجلس زمان الأسود في الشهر الثاني أو الثالث أو الرابع؟ يخرج ذلك على الروايات الثلاث. ولو رأت عشرة أحمر، ثم خمسة أسود، ثم أحمر واتصل، فالحكم فيها كالتي قبلها، فإن اتصل الأسود، وعبر أكثر الحيض، فليس لها تمييز، ونحيضها من الأسود؛ لأنه أشبه بدم الحيض. ولو رأت أقل من يوم دما أسود، فلا تمييز لها؛ لأن الأسود لا يصلح أن يكون حيضا، لقلته عن أقل الحيض.

وإن رأت في الشهر الأول أحمر كله، وفي الثاني والثالث والرابع خمسة أسود، ثم أحمر واتصل، وفي الخامس كله أحمر، فإنها تجلس في الأشهر الثلاثة اليقين، وفي الرابع أيام الدم الأسود، وفي الخامس تجلس خمسة أيضا؛ لأنها قد صارت معتادة. وقال القاضي: لا تجلس من الرابع إلا اليقين، إلا أن نقول بثبوت العادة بمرتين.

وهذا فيه نظر؛ فإن أكثر ما يقدر فيها أنها لا عادة لها ولا تمييز، ولو كانت كذلك، لجلست ستا أو سبعا، في أصح الروايات، فكذا هاهنا ومن لم يعتبر التكرار في التمييز فهذه مميزة، ومن قال إن المميزة تجلس بالتمييز في الشهر الثاني، قال إنها تجلس الدم الأسود في الشهر الثالث؛ لأنها لا تعلم أنها مميزة قبله، ولو رأت في شهر خمسة أسود، ثم صار أحمر واتصل، وفي الثاني كذلك، وفي الثالث كله أحمر، والرابع رأت خمسة أحمر، ثم صار أسود واتصل، جلست اليقين من الأشهر الثلاثة، والرابع لا تمييز لها

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٦/١

فيه، فتصير فيه إلى ستة أيام أو سبعة، في أشهر الروايات، إلا أن نقول العادة تثبت بمرتين، فتجلس من الثالث والرابع خمسة خمسة.

وقال القاضي: لا تجلس في الأشهر الأربعة إلا اليقين، وهذا بعيد؛ لما ذكرناه. ولو كانت رأت في الرابع خمسة أسود، والباقي كله أحمر، صار عادة بذلك.

[مسألة الصفرة والكدرة في أيام الحيض]

(٤٧٥) مسألة: قال: (والصفرة والكدرة في أيام الحيض من الحيض) يعني إذا رأت في أيام عادتها صفرة أو كدرة، فهو حيض، وإن رأته بعد أيام حيضها، لم يعتد به. نص عليه أحمد. وبه قال يحيى الأنصاري، وربيعة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وعبد الرحمن بن مهدي، والشافعي، وإسحاق. وقال أبو يوسف، وأبو ثور: لا يكون حيضا، إلا أن يتقدمه دم أسود؛ لأن أم عطية، وكانت بايعت النبي - صلى الله عليه وسلم - قالت: كنا لا نعتد بالصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا. رواه أبو داود، وقال: بعد الطهر.

ولنا، قوله تعالى: ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى﴾ [البقرة: ٢٢٢] ، وهذا يتناول الصفرة والكدرة، وروى الأثرم، بإسناده، عن عائشة - رضي الله عنها - أنها كانت تبعث إليها النساء". (١)

٢٩.	٢٩-"ولم يذكر كفارة؛ ولأنه وطء نهي عنه لأجل الأذى، فأشبه الوطء في الدبر.

وللشافعي قولان كالروايتين. وحديث الكفارة مداره على عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب، وقد قيل لأحمد: في نفسك منه شيء؟ قال: نعم لأنه من حديث فلان. أظنه قال: عبد الحميد وقال: لو صح ذلك الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - كنا نرى عليه الكفارة. وقال في موضع: ليس به بأس، وقد روى الناس عنه. فاختلاف الرواية في الكفارة مبني على اختلاف قول أحمد في الحديث.

وقد روي عن أحمد أنه قال: إن كانت له مقدرة تصدق بما جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وقال أبو عبد الله بن حامد؛ كفارة وطء الحائض تسقط بالعجز عنها، أو عن بعضها، ككفارة الوطء في رمضان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/١

[فصل في قدر كفارة وطء الحائض]

(٤٧٩) فصل: وفي قدر الكفارة روايتان: إحداهما، أنها دينار، أو نصف دينار، على سبيل التخيير، أيهما أخرج أجزأه، روي ذلك عن ابن عباس، والثانية، أن الدم إن كان أحمر فهي دينار، وإن كان أصفر، فنصف دينار.

وهو قول إسحاق، وقال النخعي: إن كان في فور الدم فدينار، وإن كان في آخره فنصف دينار؛ لما روى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إن كان دما أحمر فدينار، وإن كان دما أصفر فنصف دينار» . رواه الترمذي والأول أصح. قال أبو داود الرواية الصحيحة: " يتصدق بدينار أو بنصف دينار ". ولأنه حكم تعلق بالحيض، فلم يفرق بين أوله وآخره، كسائر أحكامه. فإن قيل: فكيف تخير بين شيء ونصفه؟ قلنا: كما يخير المسافر بين قصر الصلاة وإتمامها، فأيهما فعل كان واجبا، كذا هاهنا.

[فصل وطئ بعد طهرها وقبل غسلها]

(٤٨٠) فصل: وإن وطئ بعد طهرها، وقبل غسلها فلا كفارة عليه. وقال قتادة، والأوزاعي: عليه نصف دينار. ولو وطئ في حال جريان الدم، لزمه دينار؛ لأنه حكم تعلق بالوطء في الحيض، فثبت قبل الغسل، كالتحريم. ولنا أن وجوب الكفارة بالشرع، وإنما ورد بها الخبر في الحائض، وغيرها لا يساويها؛ لأن الأذى المانع من وطئها قد زال بانقطاع الدم، وما ذكروه يبطل بما لو حلف لا يطأ حائضا، فإن الكفارة تجب بالوطء في الحيض، ولا تجب في غيره.

[فصل هل تجب الكفارة على الجاهل والناسي]

(٤٨١) فصل: وهل تجب الكفارة على الجاهل والناسي؟ على وجهين:". (١)

٣٠. ٣٠-"[باب المواقيت]

أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة، وقد ورد في ذلك أحاديث صحاح جياد نذكر أكثرها في مواضعها، إن شاء الله تعالى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٤٤

(٥١٤) مسألة: قال أبو القاسم – رحمه الله –: (وإذا زالت الشمس وجبت صلاة الظهر) بدأ الخرقي بذكر صلاة الظهر؛ لأن جبريل بدأ بها حين أم النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عباس، وجابر وبدأ بها – صلى الله عليه وسلم – حين علم الصحابة مواقيت الصلاة، في حديث بريدة وغيره، وبدأ بها الصحابة حين سئلوا عن الأوقات في حديث أبي برزة وجابر وغيرهما تسمى الأولى والهجير والظهر. وقال أبو برزة: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي الهجيرة التي يدعونها الأولى حين تدحض الشمس.» متفق عليه، يعني حين تزول الشمس. وأجمع أهل العلم على أن أول وقت الظهر: إذا زالت الشمس.

قاله ابن المنذر، وابن عبد البر وقد تظاهرت الأخبار بذلك، فمنها ما روى ابن عباس عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال «أمني جبريل عند البيت مرتين، فصلى بي الظهر في الأولى منهما، حين كان الفيء مثل الشراك، ثم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس، وأفطر الصائم، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم، وصلى في المرة الثانية الظهر حين صار ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثليه، ثم صلى المغرب لوقت الأولى، ثم صلى العشاء الأخيرة حين ذهب ثلث الليل، ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت إلي جبريل وقال: يا محمد، هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين» رواه أبو داود، وابن ماجه والترمذي، وقال: هذا حديث حسن. وروى جابر نحوه، ولم يذكر فيه «لوقت العصر بالأمس» ، وقال البخاري: **أصح** حديث في المواقيت حديث جابر.

وروى بريدة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أن رجلا سأله عن وقت الصلاة، فقال: صل معنا هذين اليومين فلما زالت الشمس أمر بلالا فأذن، ثم أمره فأقام الظهر، ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية لم يخالطها صفرة، ثم أمره فأقام المغرب حين غابت الشمس، ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق، ثم أمره فأقام الفجر حين طلع الفجر، فلما كان اليوم الثاني أمره فأبرد في الظهر، فأنعم أن يبرد بها، وصلى العصر والشمس بيضاء مرتفعة، آخرها فوق الذي كان، وصلى المغرب حين غاب الشفق، وصلى العشاء حين غاب ثلث الليل، وصلى الفجر فأسفر بها، ثم قال: أين السائل عن وقت الصلاة؟ فقال الرجل: أنا يا رسول الله. فقال: وقت صلاتكم بين ما رأيتم» رواه مسلم

وغيره.". (١)

٣١. ٣١-"عمرو «وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر» رواه مسلم وأبو داود وفي حديث رواه أبو هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن للصلاة أولا وآخرا، وإن أول وقت الظهر حين تزول الشمس، وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر» أخرجه الترمذي

[مسألة آخر وقت العصر]

(٥٢٠) مسألة: قال: وإذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الاختيار. اختلفت الرواية عن أحمد - رضي الله عنه - في آخر وقت الاختيار؛ فروي: حين يصير ظل كل شيء مثليه. وهو قول مالك، والثوري، والشافعي لقوله في حديث ابن عباس، وجابر: «الوقت ما بين هذين.» وروي عن أحمد، - رحمه الله -، أن آخره ما لم تصفر الشمس. وهي أصح عنه حكاه عنه جماعة، منهم الأثرم، قال: سمعته يسأل عن آخر وقت العصر؟ فقال: هو تغير الشمس. قيل: ولا تقول بالمثل والمثلين؟ قال: لا، هذا عندي أكثر، وهذا قول أبي ثور، وأبي يوسف، ومحمد، ونحوه عن الأوزاعي لحديث عبد الله بن عمرو أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «وقت العصر ما لم تصفر الشمس» رواه مسلم.

وفي حديث أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «وإن آخر وقتها حين تصفر الشمس»

وفي حديث بريدة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى العصر في اليوم الثاني والشمس بيضاء نقية لم تخالطها صفرة» . قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن من صلى العصر والشمس بيضاء نقية، فقد صلاها في وقتها.

وفي هذا دليل على أن مراعاة المثلين عندهم استحباب، ولعلهما متقاربان يوجد أحدهما قريبا من الآخر.

(٥٢١) فصل: ولا يجوز تأخير العصر عن وقت الاختيار لغير عذر؛ لما تقدم من الأخبار، وروى مسلم وأبو داود بإسنادهما، عن أنس بن مالك، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «تلك صلاة المنافقين، تلك صلاة المنافقين، تلك صلاة المنافقين، يجلس أحدهم، حتى إذا اصفرت الشمس، فكانت بين قرني شيطان، أو على قرني شيطان، قام، فنقر أربعا، لا يذكر الله فيها

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٦٩

إلا قليلا» ولو أبيح تأخيرها لما ذمه عليه، وجعله علامة النفاق.

[مسألة أدرك منها ركعة قبل أن تغرب الشمس]

(٥٢٢) مسألة: قال: (ومن أدرك منها ركعة قبل أن تغرب الشمس، فقد أدركها مع الضرورة) وجملة ذلك أن من أخر الصلاة ثم أدرك منها ركعة قبل غروب الشمس، فهو مدرك لها، ومؤد لها في وقتها، سواء أخرها لعذر أو لغير عذر، إلا أنه إنما يباح تأخيرها لعذر وضرورة، كحائض تطهر، أو كافر يسلم، أو صبي يبلغ، أو مجنون يفيق، أو نائم يستيقظ، أو مريض يبرأ، وهذا معنى قوله: " مع الضرورة ". فأما إدراكها بإدراك ركعة منها، فيستوي فيه المعذور وغيره، وكذلك". (١)

٣٢. ٣٢-"أحد منهم بقضاء، ولأن في إيجاب القضاء عليه تنفيرا عن الإسلام، فعفي عنه. وقد اختلف أهل العلم في خطابه بفروع الإسلام في حال كفره، مع إجماعهم على أنه لا يلزمه قضاؤها بعد إسلامه، وحكي عن أحمد في هذا روايتان. وأما المرتد، فذكر أبو إسحاق بن شاقلا عن أحمد، في وجوب القضاء عليه، روايتين: إحداهما: لا يلزمه.

وهو ظاهر كلام الخرقي في هذه المسألة، فعلى هذا لا يلزمه قضاء ما ترك في حال كفره، ولا في حال إسلامه قبل ردته. ولو كان قد حج لزمه استئنافه؛ لأن عمله قد حبط بكفره، بدليل قول الله تعالى: ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾ [الزمر: ٦٥] . فصار كالكافر الأصلي في جميع أحكامه. والثانية: يلزمه قضاء ما ترك من العبادات في حال ردته، وإسلامه قبل ردته، ولا يجب عليه إعادة الحج؛ لأن العمل إنما يحبط بالإشراك مع الموت، لقوله تعالى: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾ [البقرة: ٢١٧] . فشرط الأمرين لحبوط العمل، وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المرتد أقر بوجوب العبادات عليه، واعتقد ذلك وقدر على التسبب إلى أدائها، فلزمه ذلك، كالمحدث. ولو حاضت المرأة المرتدة لم يلزمها قضاء الصلاة في زمن حيضها؛ لأن الصلاة غير واجبة عليها في تلك الحال.

وذكر القاضي رواية ثالثة، أنه لا قضاء عليه لما ترك في حال ردته؛ لأنه تركه في حال لم يكن مخاطبا بها لكفره، وعليه قضاء ما ترك في إسلامه قبل الردة؛ ولأنه كان واجبا عليه، ومخاطبا به قبل الردة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٣/١

فبقي الوجوب عليه بحاله. قال: وهذا المذهب. وهو قول أبي عبد الله بن حامد، وعلى هذا لا يلزمه استئناف الحج إن كان قد حج؛ لأن ذمته برئت منه بفعله قبل الردة، فلا يشتغل به بعد ذلك، كالصلاة التي صلاها في إسلامه؛ ولأن الردة لو أسقطت حجه وأبطلته، لأبطلت سائر عباداته المفعولة قبل ردته.

(٥٤٨) فصل: فأما الصبي العاقل فلا تجب عليه في أصح الروايتين. وعنه أنها تجب على من بلغ عشرا وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

فعلى قولنا إنها لا تجب عليه، متى صلى في الوقت، ثم بلغ فيه بعد فراغه منها، وفي أثنائها، فعليه إعادتها. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يجزئه، ولا يلزمه إعادتها في الموضعين؛ لأنه أدى وظيفة الوقت، فلم يلزمه إعادتها، كالبالغ. ولنا، أنه صلى قبل وجوبها عليه، وقبل سبب وجوبها، فلم تجزه عما وجد سبب وجوبها عليه، كما لو صلى قبل الوقت،". (١)

٣٣. ٣٣-"من أحكام التكليف، وتثبت الولاية عليه، ولا يجوز على الأنبياء - عليهم السلام -، والإغماء بخلافه، وما لا يؤثر في إسقاط الخمس لا يؤثر في إسقاط الزائد عليها، كالنوم.

[فصل شرب دواء فزال عقله به]

(٥٥١) فصل: ومن شرب دواء فزال عقله به نظرت؛ فإن كان زوالا لا يدوم كثيرا، فهو كالإغماء، وإن كان يتطاول، فهو كالجنون. وأما السكر، ومن شرب محرما يزيل عقله وقتا دون وقت، فلا يؤثر في إسقاط التكليف وعليه قضاء ما فاته في حال زوال عقله. لا نعلم فيه خلافا؛ ولأنه إذا وجب عليه القضاء بالنوم المباح، فبالسكر المحرم أولى.

[فصل ما فيه السموم من الأدوية]

(٥٥٢) فصل: وما فيه السموم من الأدوية؛ إن كان الغالب من شربه واستعماله الهلاك به، أو الجنون، لم يبح شربه، وإن كان الغالب منه السلامة ويرتجى منه المنفعة، فالأولى إباحة شربه، لدفع ما هو أخطر منه، كغيره من الأدوية، ويحتمل أن لا يباح؛ لأنه يعرض نفسه للهلاك، فلم يبح، كما لو لم يرد به

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٩/١

التداوي. والأول أصح؛ لأن كثيرا من الأدوية يخاف منه، وقد أبيح لدفع ما هو أضر منه، فإذا قلنا يحرم شربه، فهو كالمحرمات من الخمر ونحوه، وإن قلنا يباح، فهو كسائر الأدوية المباحة. والله أعلم.". (١)

٣٤. ٣٤-"والدراوردي، فخالفاه، وقالا: مؤذن لعمر. وهذا أصح. وقال علي بن المديني: أخطأ فيه، يعني حمادا، وقال الترمذي: هو غير محفوظ. وحديثهم الآخر، قال ابن عبد البر: لا يقوم به ولا بمثله حجة؛ لضعفه وانقطاعه.

وإنما اختص الفجر بذلك؛ لأنه وقت النوم، لينتبه الناس، ويتأهبوا للخروج إلى الصلاة، وليس ذلك في غيرها، وقد روينا في حديث، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن بلالا يؤذن بليل؛ لينتبه نائمكم، ويرجع قائمكم» . رواه أبو داود.

ولا ينبغي أن يتقدم ذلك على الوقت كثيرا، إذا كان المعنى فيه ما ذكرناه، فيفوت المقصود منه. وقد روي «أن بلالا كان بين أذانه وأذان ابن أم مكتوم أن ينزل هذا ويصعد هذا» . ويستحب أيضا أن لا يؤذن قبل الفجر، إلا أن يكون معه مؤذن آخر يؤذن إذا أصبح. كفعل بلال وابن أم مكتوم؛ اقتداء برسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولأنه إذا لم يكن كذلك لم يحصل الإعلام بالوقت المقصود بالأذان، فإذا كانا مؤذنين حصل الإعلام بالوقت بالثاني، وبقربه بالمؤذن الأول.

[فصل لا يؤذن في الوقت تارة وقبله أخرى]

فصل: وينبغي لمن يؤذن قبل الوقت أن يجعل أذانه في وقت واحد في الليالي كلها؛ ليعلم الناس ذلك من عادته، فيعرفوا الوقت بأذانه، ولا يؤذن في الوقت تارة وقبله أخرى، فيلتبس على الناس ويغتروا بأذانه، فربما صلى بعض من سمعه الصبح بناء على أذانه قبل وقتها، وربما، امتنع المتسحر من سحوره، والمتنفل من صلاته، بناء على أذانه ومن علم لا يستفيد بأذانه فائدة؛ لتردده بين الاحتمالين. ولا يقدم الأذان كثيرا تارة ويؤخره أخرى، فلا يعلم الوقت بأذانه، فتقل فائدته.

[فصل الأذان للفجر بعد نصف الليل]

(٥٦٦) فصل: قال بعض أصحابنا : ويجوز الأذان للفجر بعد نصف الليل. وهذا مذهب الشافعي؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩١

لأن بذلك يخرج وقت العشاء المختار، ويدخل وقت الدفع من مزدلفة؛ ووقت رمي الجمرة، وطواف الزيارة، وقد روى الأثرم، عن جابر، قال: كان مؤذن مسجد دمشق يؤذن لصلاة الصبح في السحر بقدر ما يسير الراكب ستة أميال، فلا ينكر ذلك مكحول، ولا يقول فيه شيئا.

[فصل الأذان قبل الفجر في شهر رمضان]

(٥٦٧) فصل: ويكره الأذان قبل الفجر في شهر رمضان. نص عليه أحمد، في رواية الجماعة، لئلا يغتر الناس به فيتركوا سحورهم. ويحتمل أن لا يكره في حق من عرف عادته بالأذان في الليل؛ لأن بلالا كان يفعل ذلك، بدليل قوله – عليه السلام –: «إن بلالا يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن". (١)

.٣٥ ٣٥–"[مسألة يجعل أصابعه مضمومة على أذنيه في الأذان]

(٥٨٣) مسألة: قال: (ويجعل أصابعه مضمومة على أذنيه) المشهور عن أحمد، أنه يجعل إصبعيه في أذنيه، وعليه العمل عند أهل العلم، يستحبون أن يجعل المؤذن إصبعيه في أذنيه، قال الترمذي؛ لما روى أبو جحيفة، «أن بلالا أذن ووضع إصبعيه في أذنيه» متفق عليه. وعن سعد، مؤذن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أمر بلالا أن يجعل إصبعيه في أذنيه، وقال: إنه أرفع لصوتك» . وروى أبو طالب، عن أحمد أنه قال: أحب إلي أن يجعل يديه على أذنيه، على حديث أبي محذورة. وضم أصابعه الأربع ووضعها على أذنيه، وحكى أبو حفص، عن ابن بطة، قال: سألت أبا القاسم الخرقي عن صفة ذلك؟ فأرانيه بيديه جميعا، فضم أصابعه على راحتيه، ووضعهما على أذنيه.

واحتج لذلك القاضي بما روى أبو حفص بإسناده عن ابن عمر، أنه كان إذا بعث مؤذنا يقول له: اضمم أصابعك مع كفيك، واجعلها مضمومة على أذنيك. وبما روى الإمام أحمد، عن أبي محذورة، أنه كان يضم أصابعه. والأول **أصح**؛ لصحة الحديث وشهرته وعمل أهل العلم به، وأيهما فعل فحسن، وإن ترك الكل فلا بأس.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٨/١

[فصل رفع الصوت بالأذان]

(٥٨٤) فصل: ويستحب رفع الصوت بالأذان؛ ليكون أبلغ في إعلامه، وأعظم لثوابه، كما ذكر في خبر أبي سعيد، ولا يجهد نفسه في رفع صوته زيادة على طاقته؛ لئلا يضر بنفسه، وينقطع صوته: فإن أذن لعامة الناس جهر بجميع الأذان، ولا يجهر ببعض، ويخافت ببعض؛ لئلا يفوت مقصود الأذان، وهو الإعلام. وإن أذن لنفسه، أو لجماعة خاصة حاضرين، جاز أن يخافت ويجهر، وأن يخافت ببعض ويجهر ببعض، إلا أن يكون في وقت الأذان. فلا يجهر بشيء منه؛ لئلا يغر الناس بأذانه.

[فصل ينبغي أن يؤذن قائما]

(٥٨٥) فصل: وينبغي أن يؤذن قائما، قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، أن السنة أن يؤذن قائما. وفي حديث أبي قتادة الذي رويناه، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لبلال قم فأذن» . وكان مؤذنو رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يؤذنون قياما. وإن كان له عذر فلا بأس أن يؤذن قاعدا قال الحسن العبدي: رأيت أبا زيد صاحب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكانت رجله أصيبت في سبيل الله، يؤذن قاعدا رواه الأثرم.

فإن أذن قاعدا لغير عذر فقد كرهه أهل العلم، ويصح؛ فإنه ليس بآكد من الخطبة، وتصح من القاعد. قال الأثرم: وسمعت أبا عبد الله يسأل عن الأذان على الراحلة؟ فسهل". (١)

٣٦. ٣٦-"ويستدل بها عليه، وعلى ما تدل عليه، كالنسرين والشعريين، والنظم المقارن للهقعة، والسماك الرامح، والفكة، وغيرها، وكلها تطلع من المشرق وتغرب في المغرب، وسهيل نجم كبير مضيء يطلع من نحو مهب الجنوب، ثم يسير حتى يصير في قبلة المصلي، ثم يتجاوزها، ثم يغرب قريبا من مهب الدبور، والناقة أنجم على صورة الناقة، تطلع في المجرة من مهب الصبا، ثم تغيب في مهب الشمال.

(٦١٧) فصل: والشمس تطلع من المشرق، وتغرب في المغرب، وتختلف مطالعها ومغاربها، على حسب اختلاف منازلها، وتكون في الشتاء في حال توسطها في قبلة المصلي، وفي الصيف محاذية لقبلته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٧/١

(٦١٨) فصل: والقمر يبدو أول ليلة من الشهر هلالا في المغرب، عن يمين المصلي، ثم يتأخر كل ليلة نحو المشرق منزلا، حتى يكون ليلة السابع وقت المغرب في قبلة المصلي، أو مائلا عنها قليلا، ثم يطلع ليلة الرابع عشر من المشرق قبل غروب الشمس، بدرا تاما، وليلة إحدى وعشرين يكون في قبلة المصلي، أو قريبا منها، وقت الفجر، وليلة ثمان وعشرين يبدو عند الفجر كالهلال من المشرق، وتختلف مطالعه باختلاف منازله.

(٦١٩) فصل: والرياح كثيرة يستدل منها بأربع، تهب من زوايا السماء؛ الجنوب تهب من الزاوية التي بين القبلة والمشرق، مستقبلة بطن كتف المصلي الأيسر، مما يلي وجهه إلى يمينه، والشمال مقابلتها، تهب من الزاوية التي بين المغرب والشمال؛ مارة إلى مهب الجنوب.

والدبور تهب من الزاوية التي بين المغرب واليمن، مستقبلة شطر وجه المصلي الأيمن، مارة إلى الزاوية المقابلة لها. والصبا مقابلتها، تهب من ظهر المصلي. وربما هبت الرياح بين الحيطان والجبال فتدور، فلا اعتبار بها.

وبين كل ريحين ريح تسمى النكباء، لتنكبها طريق الرياح المعروفة، وتعرف الرياح بصفاتها وخصائصها، فهذا أصح ما يستدل به على القبلة.

وذكر أصحابنا الاستدلال بالمياه، وقالوا: الأنهار الكبار كلها تجري عن يمنة المصلي إلى يسرته، على انحراف قليل، وذلك مثل دجلة والفرات والنهروان، ولا اعتبار بالأنهار المحدثة؛ لأنها تحدث بحسب الحاجات إلى الجهات المختلفة، ولا بالسواقي والأنهار الصغار؛ لأنها لا ضابط لها، ولا بنهرين يجريان من يسرة المصلي إلى يمينه، أحدهما العاصي بالشام، والثاني سيحون بالمشرق.

وهذا الذي ذكروه لا ينضبط بضابط؛ فإن كثيرا من أنهار الشام تجري على غير السمت الذي ذكروه، فالأردن يجري نحو القبلة، وكثير منها يجري نحو البحر، حيث كان منها حتى يصب فيه. وإن اختصت الدلالة بها". (١)

٣٧. ٣٧-"وهو الطبل، لم يجز؛ لأن المعنى يتغير به. وإن قال: الله أكبر وأعظم وأجل. ونحوه، لم يستحب. نص عليه، وانعقدت الصلاة بالتكبيرة الأولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٢١

[فصل التكبير بغير العربية]

فصل: ولا يجزئه التكبير بغير العربية مع قدرته عليها. وبهذا قال الشافعي. وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: يجزئه؛ لقول الله تعالى: ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾ [الأعلى: ١٥] . وهذا قد ذكر اسم ربه. ولنا، ما تقدم من النصوص، وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يعدل عنها، وهذا يخص ما ذكروا. فإن لم يحسن العربية، لزمه تعلم التكبير بها، فإن خشي فوات الوقت كبر بلغته. ذكره القاضي في " المجرد ". وهو مذهب الشافعي.

وقال القاضي في " الجامع ": لا يكبر بغير العربية، ويكون حكمه حكم الأخرس، كمن عجز عن القراءة بالعربية لا يعبر عنها بغيرها. والأول أصح؛ لأن التكبير ذكر الله، وذكر الله تعالى يحصل بكل لسان، وأما القرآن فإنه عربي، فإذا عبر عنه بغير العربية لم يكن قرآنا، والذكر لا يخرج بذلك عن كونه ذكرا.

[فصل فإن كان أخرس أو عاجزا عن التكبير بكل لسان]

(٦٤٥) فصل: فإن كان أخرس أو عاجزا عن التكبير بكل لسان، سقط عنه، وقال القاضي: عليه تحريك لسانه؛ لأن الصحيح يلزمه النطق بتحريك لسانه، فإذا عجز عن أحدهما لزمه الآخر. ولا يصح هذا؛ لأنه قول عجز عنه، فلم يلزمه تحريك لسانه في موضعه كالقراءة، وإنما لزمه تحريك لسانه بالتكبير مع القدرة عليه ضرورة يوقف التكبير عليها، فإذا سقط التكبير سقط ما هو من ضرورته، كمن سقط عنه القيام، سقط عنه النهوض إليه، وإن قدر عليه. ولأن تحريك اللسان من غير نطق عبث لم يرد الشرع به، فلا يجوز في الصلاة، كالعبث بسائر جوارحه.

[فصل يأتي بالتكبير قائما]

(٦٤٦) فصل: وعليه أن يأتي بالتكبير قائما. فإن انحنى إلى الركوع بحيث يصير راكعا قبل إنهاء التكبير، لم تنعقد صلاته، إلا أن تكون نافلة؛ لسقوط القيام فيها. ويحتمل أن لا تنعقد أيضا؛ لأن صفة الركوع غير صفة القعود، ولم يأت التكبير قائما ولا قاعدا. ولو كان ممن تصح صلاته قاعدا، كان عليه الإتيان بالتكبير قبل وجود الركوع منه. وقال القاضي: إن كبر في الفريضة، في حال انحنائه إلى الركوع، انعقدت نفلا؛ لأنها امتنع وقوعها فرضا، وأمكن جعلها نفلا، فأشبه من أحرم بفريضة، فبان أنه لم يدخل وقتها.

[فصل لا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير]

(٦٤٧) فصل: ولا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير. وقال أبو حنيفة: يكبر معه، كما يركع معه.". (١)

٣٨. ٣٨-"سمعته يحدث به، فيقول: لا يعود. فظننت أنهم لقنوه. وقال الحميدي، وغيره: يزيد بن أبي زياد ساء حفظه في آخر عمره، وخلط. ثم لو صحا كان الترجيح لأحاديثنا أولى لخمسة أوجه: أحدها: أنها أصح إسنادا، وأعدل رواة، فالحق إلى قولهم أقرب. الثاني: أنها أكثر رواة، فظن الصدق في قولهم أقوى، والغلط منهم أبعد. الثالث: أنهم مثبتون، والمثبت يخبر عن شيء شاهده ورواه. فقوله يجب تقديمه لزيادة علمه. والنافي لم ير شيئا، فلا يؤخذ بقوله، ولذلك قدمنا قول الجارح على المعدل. الرابع: أنهم فصلوا في روايتهم، ونصوا على الرفع في الحالتين المختلف فيهما،، والمخالف لهم عمم بروايته المختلف فيه وغيره، فيجب تقديم أحاديثنا لنصها وخصوصها، على أحاديثهم العامة، التي لا نص فيها كما يقدم الخاص على العام، والنص على الظاهر المحتمل. الخامس: أن أحاديثنا عمل بها السلف من الصحابة والتابعين، فيدل ذلك على قوتها. وقولهم: إن ابن مسعود إمام. قلنا: لا ننكر فضله، لكن بحيث يقدم على أميري المؤمنين عمر وعلي وسائر من معهم، كلا، ولا يساوي واحدا منهم، فكيف يرجح على جميعهم؟ مع أن ابن مسعود قد ترك قوله في الصلاة في أشياء، منها أنه كان يطبق في الركوع، يضع يديه بين ركبتيه، فلم يؤخذ بفعله، وأخذ برواية غيره في وضع اليدين على الركبتين، وتركت قراءته وأخذ بقراءة زيد بن ثابت، وكان لا يرى التيمم للجنب، فترك ذلك برواية من هو أقل من رواة أحاديثنا وأدنى منهم فضلا، فهاهنا أولى.

[مسألة يستحب للراكع أن يضع يديه على ركبتيه]

(٦٩١) مسألة: قال: (ثم يضع يديه على ركبتيه، ويفرج أصابعه، ويمد ظهره، ولا يرفع رأسه، ولا يخفضه) وجملته أنه يستحب للراكع أن يضع يديه على ركبتيه ثبت ذلك عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وفعله عمر، وعلي، وسعد، وابن عمر، وجماعة من التابعين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٥/١

وبه يقول الثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحابالرأي. وذهب قوم من السلف إلى التطبيق، وهو أن يجعل المصلي إحدى كفيه على الأخرى، ثم يجعلهما بين ركبتيه إذا ركع. وهذا كان في أول الإسلام، ثم نسخ. قال مصعب بن سعد: «ركعت، فجعلت يدي بين ركبتي. فنهاني أبي، وقال: إنا كنا نفعل هذا فنهينا عنه، وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب.» متفق عليه

وذكر أبو حميد، في صفة صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رأيته إذا ركع أمكن يديه من ركبتيه، ثم هصر ظهره. يعني عصره حتى يعتدل، ولا يبقى محدودبا، وفي لفظ:". (١)

٣٩. ٣٩-"صحاح. والصحيح الأول؛ لأن ابن عمر قال: ولا يفعل ذلك في السجود.

في حديثه الصحيح؛ ولما وصف أبو حميد صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يذكر رفع اليدين في السجود، والأحاديث العامة مفسرة بالأحاديث المفصلة، التي رويناها، فلا يبقى فيها اختلاف.

[مسألة أول ما يقع منه على الأرض عند السجود ركبتاه]

(٧١٧) مسألة: قال: (ويكون أول ما يقع منه على الأرض ركبتاه، ثم يداه، ثم جبهته وأنفه) هذا المستحب في مشهور المذهب، وقد روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه - وبه قال مسلم بن يسار، والنخعي، وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى أنه يضع يديه قبل ركبتيه. وإليه ذهب مالك؛ لما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا سجد أحدكم فليضع يديه قبل ركبتيه ولا يبرك بروك البعير» . رواه النسائي.

ولنا، ما روى وائل بن حجر، قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه، وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه» . أخرجه أبو داود، والنسائي، والترمذي. قال الخطابي: هذا أصح من حديث أبي هريرة. وروي عن أبي سعيد، قال: «كنا نضع اليدين قبل الركبتين، فأمرنا بوضع الركبتين قبل اليدين.» وهذا يدل على نسخ ما تقدمه، وقد روى الأثرم حديث أبي هريرة: «إذا سجد أحدكم فليبدأ بركبتيه قبل يديه، ولا يبرك بروك الفحل» .

(٧١٨) فصل: والسجود على جميع هذه الأعضاء واجب، إلا الأنف، فإن فيه خلافا سنذكره إن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥٩

شاء الله، وبهذا قال طاوس، والشافعي في أحد قوليه وإسحاق.
وقال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي في القول الآخر: لا يجب، السجود على غير الجبهة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (سجد وجهي. وهذا يدل على أن السجود على الوجه، ولأن الساجد على الوجه يسمى ساجدا، ووضع غيره على الأرض لا يسمى به ساجدا، فالأمر بالسجود ينصرف إلى ما يسمى به ساجدا دون غيره، ولأنه لو وجب السجود على هذه الأعضاء لوجب كشفها كالجبهة. وذكر الآمدي هذا رواية عن أحمد. وقال القاضي في " الجامع ": وهو ظاهر كلام أحمد؛ فإنه قد نص في المريض يرفع شيئا يسجد عليه، أنه يجزئه، ومعلوم أنه قد أخل بالسجود على يديه.
ولنا ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت بالسجود على سبعة أعظم؛ اليدين، والركبتين، والقدمين، والجبهة» . متفق عليه. وروي عن ابن عمر رفعه: «إن اليدين يسجدان كما يسجد الوجه، فإذا وضع أحدكم وجهه فليضع يديه، وإذا رفعه فليرفعهما» . رواه الإمام أحمد، وأبو داود، والنسائي.
وسجود الوجه لا ينفي سجود ما عداه، وسقوط الكشف لا يمنع وجوب السجود، فإنا نقول كذلك في الجبهة على رواية، وعلى الرواية الأخرى فإن الجبهة هي الأصل،". (١)

٤٠. ٤٠-"ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. وهو التشهد الذي علمه النبي - صلى الله عليه وسلم - لعبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -») هذا التشهد هو المختار عند إمامنا، رحمه الله، وعليه أكثر أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ومن بعدهم من التابعين. قاله الترمذي، وبه يقول الثوري، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحابالرأي، وكثير من أهل المشرق. وقال مالك: أفضل التشهد تشهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: " التحيات لله، الزاكيات لله، الصلوات لله "، وسائره كتشهد ابن مسعود؛ لأن عمر قاله على المنبر بمحضر من الصحابة وغيرهم، فلم ينكروه، فكان إجماعا. وقال الشافعي: أفضل التشهد: ما روى ابن عباس قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن، فيقول: قولوا: التحيات المباركات، الصلوات الطيبات لله، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٧٠

وأشهد أن محمدا رسول الله» . أخرجه مسلم، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، إلا أن في رواية مسلم " وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ".

ولنا، ما روى عبد الله بن مسعود قال: «علمني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - التشهد - كفي بين كفيه - كما يعلمني السورة من القرآن: التحيات لله، والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله» . وفي لفظ: «إذا قعد أحدكم في الصلاة فليقل: التحيات لله. وفيه: فإنكم إذا فعلتم ذلك فقد سلمتم على كل عبد لله صالح في السماء وفي الأرض. وفيه: فليتخير من المسألة ما شاء» . متفق عليه.

قال الترمذي: حديث ابن مسعود قد روي من غير وجه، وهو أصح حديث روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في التشهد، وقد رواه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - معه ابن عمر، وجابر، وأبو موسى، وعائشة. وعليه أكثر أهل العلم، فتعين الأخذ به وتقديمه. فأما حديث عمر فلم يروه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما هو من قوله، وأكثر أهل العلم على خلافه، فكيف يكون إجماعا؟ على أنه ليس الخلاف في إجزائه في الصلاة، إنما الخلاف في الأولى والأحسن، والأحسن تشهد النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي علمه أصحابه وأخذوا به. وأما حديث ابن عباس فانفرد به، واختلف عنه في بعض ألفاظه، ففي رواية مسلم أنه قال: " وأشهد أن محمدا عبده ورسوله " كرواية ابن مسعود.

ثم رواية ابن مسعود أصح إسنادا، وأكثر رواة، وقد اتفق على روايته جماعة من الصحابة فيكون أولى، ثم هو متضمن للزيادة، وفيه العطف بواو العطف، وهو أشهر في كلام العرب، وفيه السلام بالألف واللام، وهما للاستغراق. وقال عبد الرحمن بن الأسود، عن أبيه، قال: حدثنا عبد الله بن مسعود «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -". (١)

٤١. ٤١-"علمه التشهد في الصلاة، قال: وكنا نتحفظه عن عبد الله كما نتحفظ حروف القرآن» الواو والألف. وهذا يدل على ضبطه، فكان أولى.

(٧٤٦) فصل: وبأي تشهد تشهد مما صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - جاز. نص عليه أحمد

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٨٤

فقال: تشهد عبد الله أعجب إلي، وإن تشهد بغيره فهو جائز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما علمه الصحابة مختلفا دل على جواز الجميع، كالقراءات المختلفة التي اشتمل عليها المصحف. قال القاضي: وهذا يدل على أنه إذا أسقط لفظة هي ساقطة في بعض التشهدات المروية صح تشهده، فعلى هذا يجوز أن يقال: أقل ما يجزئ التحيات لله، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، أو أن محمدا رسول الله.

وقد قال أحمد في رواية أبي داود: إذا قال: " وأن محمدا عبده ورسوله ". ولم يذكر " وأشهد " أرجو أن يجزئه. قال ابن حامد: رأيت بعض أصحابنا يقول: لو ترك واوا أو حرفا أعاد الصلاة؛ لقول الأسود: فكنا نتحفظه عن عبد الله كما نتحفظ حروف القرآن.

والأول أصح؛ لما ذكرنا، وقول الأسود يدل على أن الأولى والأحسن الإتيان بلفظه وحروفه، وهو الذي ذكرنا أنه المختار، وعلى أن عبد الله كان يرخص في إبدال لفظات من القرآن، فالتشهد أولى، فقد روي عنه أن إنسانا كان يقرأ عليه ﴿إن شجرت الزقوم﴾ [الدخان: ٤٣] ﴿طعام الأثيم﴾ [الدخان: ٤٤] . فيقول: طعام اليتيم. فقال له عبد الله: قل طعام الفاجر. فأما ما اجتمعت عليه التشهدات كلها فيتعين الإتيان به، وهذا مذهب الشافعي.

(٧٤٧) فصل: ولا تستحب الزيادة على هذا التشهد، ولا تطويله، وبهذا قال النخعي، والثوري، وإسحاق. وعن الشعبي أنه لم ير بأسا أن يصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - فيه. وكذلك قال الشافعي؛ وعن عمر، أنه كان إذا تشهد قال: بسم الله خير الأسماء. وعن ابن عمر، أنه كان يسمي في أوله، وقال زدت فيه: وحده لا شريك له. وأباح الدعاء فيه بما بدا له.

وقال أيوب، ويحيى بن سعيد، وهشام بقول عمر في التسمية، وقد روى جابر قال، «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن: بسم الله، التحيات لله. وذكر التشهد كتشهد ابن مسعود أسأل الله الجنة وأعوذ بالله من النار» ، رواه النسائي وابن ماجه. وقال مالك: ذلك واسع. وسمع ابن عباس رجلا يقول: " بسم الله ". فانتهره.

وبه قال مالك، وأهل المدينة وابن المنذر، والشافعي. وهو الصحيح؛ لما روى ابن مسعود «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يجلس في الركعتين الأوليين، كأنه على الرضف حتى يقوم» . رواه أبو داود. والرضف: هي الحجارة المحماة. يعني لما يخففه. وهذا يدل على أنه لم يطوله، ولم يزد على التشهد

شيئا.". (١)

٤٢. ٤٢-"بن عجرة، وهو **أصح** حديث روي فيها. وعلى أي صفة أتى بالصلاة عليه مما ورد في الأخبار، جاز، كقولنا في التشهد، وظاهره أنه إذا أخل بلفظ ساقط في بعض الأخبار، جاز، لأنه لو كان واجبا لما أغفله النبي – صلى الله عليه وسلم –. قال القاضي أبو يعلى: ظاهر كلام أحمد أن الصلاة واجبة على النبي – صلى الله عليه وسلم – حسب؛ لقوله في خبر أبي زرعة: الصلاة على النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر، من تركها أعاد الصلاة، ولم يذكر الصلاة على آله.

وهذا مذهب الشافعي. ولهم في وجوب الصلاة على آله وجهان. وقال بعض أصحابنا : تجب الصلاة على الوجه الذي في خبر كعب؛ لأنه أمر به، والأمر يقتضي الوجوب. والأول أولى، والنبي – صلى الله عليه وسلم – إنما أمرهم بهذا حين سألوه تعليمهم، ولم يبتدئهم به.

(٧٥٧) فصل: آل النبي – صلى الله عليه وسلم –: أتباعه على دينه، كما قال الله تعالى ﴿أدخلوا آل فرعون﴾ [غافر: ٤٦] . يعني أتباعه من أهل دينه.

وقد جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «، أنه سئل: من آل محمد؟ فقال: كل تقي» . أخرجه تمام في " فوائده ". وقيل آله: أهله، الهاء منقلبة عن الهمزة، كما يقال: أرقت الماء وهرقته. فلو قال: وعلى أهل محمد، مكان آل محمد، أجزأه عند القاضي، وقال: معناهما واحد، ولذلك لو صغر، قيل: أهيل: قال. ومعناهما جميعا أهل دينه.

وقال ابن حامد وأبو حفص: لا يجزئ؛ لما فيه من مخالفة لفظ الأثر، وتغيير المعنى، فإن الأهل إنما يعبر به عن القرابة، والآل يعبر به عن الأتباع في الدين.

(٧٥٨) فصل: وأما تفسير التحيات، فروي عن ابن عباس، قال: التحية العظمة، والصلوات الصلوات الخمس، والطيبات الأعمال الصالحة. وقال أبو عمرو: التحيات الملك. وأنشد:

ولكل ما نال الفتى ... قد نلته إلا التحية

وقال بعض أهل اللغة: التحية البقاء. واستشهد بهذا البيت.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٥/١

وقال ابن الأنباري: التحيات السلام، والصلوات الرحمة، والطيبات من الكلام.". (١)

٤٣. ٤٣-"وابن مسعود - رضي الله عنهم -، وبه قال نافع بن عبد الحارث، وعلقمة، وأبو عبد الرحمن السلمي، وعطاء، والشعبي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحابالرأي وقال ابن عمر، وأنس، وسلمة بن الأكوع وعائشة، والحسن، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، والأوزاعي: يسلم تسليمة واحدة.

وقال عمار بن أبي عمار: كان مسجد الأنصار يسلمون فيه تسليمتين، وكان مسجد المهاجرين يسلمون فيه تسليمة. ولما روت عائشة، قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه.» وعن سلمة بن الأكوع قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى فسلم تسليمة واحدة» ، رواهما ابن ماجه. ولأن التسليمة الأولى قد خرج بها من الصلاة، فلم يشرع ما بعدها كالثانية.

ولنا، ما روى ابن مسعود قال: «رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يسلم حتى يرى بياض خده، عن يمينه ويساره.» وعن جابر بن سمرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه، ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله» . رواهما مسلم. وفي لفظ لحديث ابن مسعود: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يسلم عن يمينه: السلام عليكم ورحمة الله، وعن يساره: السلام عليكم ورحمة الله» . قال الترمذي: حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح. وحديث عائشة يرويه زهير بن محمد. وقال البخاري: يروي مناكير، وقال أبو حاتم الرازي: هذا حديث منكر. وسأل الأثرم، أحمد عن هذا الحديث؟ فقال: كان يقول هشام: كان يسلم تسليمة يسمعنا. قيل له: إنهم مختلفون فيه عن هشام، وبعضهم يقول: تسليما. وبعضهم يقول: تسليمة. قال: هذا أجود. فقد بين أحمد أن معنى الحديث يرجع إلى أنه يسمعهم التسليمة الواحدة، ومن روى: تسليما. فلا حجة لهم فيه، فإنه يقع على الواحدة والثنتين. على أن أحاديثنا تتضمن زيادة على أحاديثهم والزيادة من الثقة مقبولة.

ويجوز أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعل الأمرين؛ ليبين الجائز والمسنون، ولأن الصلاة عبادة ذات إحرام وإحلال، فجاز أن يكون لها تحللان كالحج.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٩٠

[فصل الواجب تسليمة واحدة والثانية سنة]

(٧٧١) فصل: والواجب تسليمة واحدة، والثانية سنة. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة، جائزة، وقال القاضي فيه رواية أخرى، أن الثانية واجبة. وقال: هي أصح؛ لحديث جابر بن سمرة، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يفعلها ويداوم عليها، ولأنها عبادة لها تحللان، فكانا واجبين، كتحللي الحج، ولأنها إحدى التسليمتين، فكانت واجبة كالأولى. والصحيح ما ذكرناه.

وليس نص أحمد بصريح بوجوب التسليمتين، إنما قال: التسليمتان أصح عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وحديث ابن مسعود وغيره أذهب إليه. ويجوز أن يذهب إليه في المشروعية". (١)

٤٤. ٤٤–"والاستحباب، دون الإيجاب كما ذهب إلى ذلك غيره، وقد دل عليه قوله في رواية مهنا: أعجب إلي التسليمتان. ولأن عائشة، وسلمة بن الأكوع، وسهل بن سعد. قد رووا: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يسلم تسليمة واحدة» وكان المهاجرون يسلمون تسليمة واحدة ففيما ذكرناه جمع بين الأخبار وأقوال الصحابة – رضي الله عنهم – في أن يكون المشروع والمسنون تسليمتين، والواجب واحدة، وقد دل على صحة هذا الإجماع الذي حكاه ابن المنذر فلا معدل عنه، وفعل النبي – صلى الله عليه وسلم – يحمل على المشروعية والسنة؛ فإن أكثر أفعال النبي – صلى الله عليه وسلم – في الصلاة مسنونة غير واجبة، فلا يمنع حمل فعله لهذه التسليمة على السنة عند قيام الدليل عليها، والله أعلم.

ولأن التسليمة الواحدة يخرج بها من الصلاة، فلم يجب عليه شيء آخر فيها، ولأن هذه صلاة، فتجزئه فيها تسليمة واحدة، ولأن هذه واحدة كصلاة الجنازة والنافلة. وأما قوله في حديث جابر: «إنما يكفي أحدكم» فإنه يعني في إصابة السنة؛ بدليل أنه قال: أن «يضع يده على فخذه، ثم يسلم على أخيه عن يمينه وشماله.» وكل هذا غير واجب. وهذا الخلاف الذي ذكرناه في الصلاة المفروضة، أما صلاة الجنازة، والنافلة، وسجود التلاوة، فلا خوف في أنه يخرج منها بتسليمة واحدة. قال القاضي: هذا – رواية واحدة – نص عليه أحمد في صلاة الجنازة وسجود التلاوة؛ ولأن أصحاب النبي – صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٦/١

عليه وسلم – لم يسلموا في صلاة الجنازة إلا تسليمة واحدة. والله أعلم.

[فصل السنة أن يقول السلام عليكم ورحمة الله في الصلاة]

(٧٧٢) فصل: والسنة أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله. لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يسلم كذلك، في رواية ابن مسعود، وجابر بن سمرة، وغيرهما. وقد روى وائل بن حجر، قال: «صليت مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فكان يسلم عن يمينه: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته. وعن شماله: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.» رواه أبو داود، فإن قال ذلك فحسن، والأول أحسن؛ لأن رواته أكثر، وطرقه أصح فإن قال: السلام عليكم. ولم يزد فظاهر كلام أحمد أنه يجزئه. قال القاضي: ونص عليه أحمد في صلاة الجنازة. وهو مذهب الشافعي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: وتحليلها التسليم. والتسليم يحصل بهذا القول.

وقد روي عن سعد، قال: «كنت أرى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يسلم عن يمينه وشماله، حتى أرى بياض". (١)

٤٥. ٤٥–"وكان – عليه السلام – يطيل تارة ويقصر أخرى، بحسب الأحوال وروي عنه أنه قال – عليه السلام –: «إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد أن أطيلها فأسمع بكاء الصبي فأخفف؛ مخافة أن أشق على أمه»

[فصل إطالة الركعة الأولى من كل صلاة]

(٧٩٦) فصل:: ويستحب أن يطيل الركعة الأولى من كل صلاة؛ ليلحقه القاصد للصلاة وقال الشافعي: يكون الأوليان متساويين؛ لحديث أبي سعيد: «حزرنا قيام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الركعتين الأوليين من الظهر قدر الثلاثين آية» ولأن الأخريين متساويتان فكذلك الأوليان. ووافقنا أبو حنيفة في الصبح، خاصة، ووافق الشافعي في سائر الصلوات. ولنا، ما روى أبو قتادة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين، يطول في الأولى، ويقصر في الثانية، ويسمع الآية أحيانا، وكان يقرأ في العصر في الركعتين الأوليين

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٧/١

بفاتحة الكتاب وسورتين، يطول في الأولى ويقصر في الثانية، وكان يطول في الركعة الأولى من صلاة الصبح، ويقصر في الثانية» . متفق عليه وروى أبو داود هذا الحديث، وفيه قال: " فظننا أنه يريد بذلك أن يدرك الناس الركعة الأولى.

وعن عبد الله بن أبي أوفى: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقوم في الركعة الأولى من صلاة الظهر حتى لا يسمع وقع قدم» وحديث أبي سعيد قد رواه ابن ماجه: وفي الركعة الأخرى قدر النصف من ذلك. وهذا أولى؛ لأنه يوافق الأحاديث الصحيحة، ثم لو قدرنا التعارض وجب تقديم حديث أبي قتادة؛ لأنه أصح، ويتضمن زيادة، وهي ضبط التفريق بين الركعتين. قال أحمد، - رحمه الله -، في الإمام يطول في الثانية، يعني أكثر من الأولى: يقال له في هذا تعلم. وقال أيضا، في الإمام يقصر في الأولى ويطول في الآخرة: لا ينبغي هذا، يقال له، ويؤمر.

[فصل قراءة السورة في ركعتين في الصلاة]

(٧٩٧) فصل: قال أحمد في رواية أبي طالب، وإسحاق بن إبراهيم: لا بأس بالسورة في ركعتين؛ وذلك لما روى زيد بن ثابت، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قرأ في المغرب بالأعراف في الركعتين كلتيهما» وروى الخلال بإسناده عن عائشة، - رضي الله عنها - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقسم البقرة في الركعتين» ، وبإسناده عن الزهري قال: أخبرني أنس قال: صلى بنا أبو بكر - رضي الله عنه - صلاة الفجر، فافتتح سورة البقرة، فقرأ بها في ركعتين، فلما سلم قام إليه عمر فقال ما كدت تفرغ حتى تطلع الشمس فقال: لو طلعت لألفتنا غير غافلين.

وقد «قرأ النبي - صلى الله عليه وسلم - بسورة المؤمنون، فلما أتى على ذكر عيسى أخذته شرقة فركع»". (١)

٤٦. ٤٦-"أنسا روى «أن عبد الرحمن بن عوف، والزبير بن العوام، شكوا القمل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما» وفي رواية: شكيا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - القمل فرخص لهما في قمص الحرير، ورأيته عليهما. متفق عليه. وما ثبت في حق صحابي ثبت في حق غيره، ما لم يقم دليل التخصيص، وغير القمل الذي ينفع فيه لبس الحرير في

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤١٠

معناه. فيقاس عليه.

والرواية الأخرى، لا يباح لبسه للمرض؛ لاحتمال أن تكون الرخصة خاصة لهما، وهو قول مالك والأول **أصح**؛ إن شاء الله تعالى؛ لأن تخصيص الرخصة بها على خلاف الأصل.

فأما لبسه للحرب، فإن كان به حاجة إليه، كأن كان بطانة لبيضة أو درع ونحوه، أبيح. قال بعض أصحابنا : يجوز مثل ذلك من الذهب؛ كدرع مموه بالذهب، وهو لا يستغني عن لبسه، وهو محتاج إليه. وإن لم يكن به حاجة إليه، فعلى وجهين: أحدهما يباح لأن المنع من لبسه للخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، والخيلاء في وقت الحرب غير مذموم قال النبي – صلى الله عليه وسلم – حين رأى بعض أصحابه يمشي بين الصفين يختال في مشيته: " إنها لمشية يبغضها الله إلا في هذا الموطن ".

والثاني، يحرم؛ لعموم الخبر. وظاهر كلام أحمد، – رحمه الله –، إباحته مطلقا، وهو قول عطاء، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن لبس الحرير في الحرب؟ فقال: أرجو أن لا يكون به بأس. وروى الأثرم بإسناده عن عروة، أنه كان له يلمق من ديباج، بطانته سندس، محشو قزا، كان يلبسه في الحرب.

[فصل المنسوج من الحرير وغيره في الصلاة]

(٨١٧) فصل: فأما المنسوج من الحرير وغيره، كثوب منسوج من قطن وإبريسم، أو قطن وكتان فالحكم للأغلب منهما. لأن الأول مستهلك فيه، فهو كالبيضة من الفضة، والعلم من الحرير. وقد روي عن ابن عباس قال: «إنما نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الثوب المصمت من الحرير، وأما العلم، وسدى الثوب، فليس به بأس.» رواه الأثرم بإسناده، وأبو داود قال ابن عبد البر مذهب ابن عباس وجماعة من". (١)

٤٧. ٤٧–"قال: أخبرني أبي عبد الله بن سعيد، عن أبيه سعيد، قال: «رأيت رجلا ببخارى على بغلة بيضاء، عليه عمامة خز سوداء؛ فقال: كسانيها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.» رواه أبو داود. وروى مالك، في موطئه، أن عائشة كست عبد الله بن الزبير مطرف خز كانت تلبسه.

[فصل هل يجوز لولي الصبي أن يلبسه الحرير]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٢/١

(٨٢١) فصل: وهل يجوز لولي الصبي أن يلبسه الحرير؟ فيه وجهان. أشبههما بالصواب تحريمه؛ لعموم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «حرم لباس الحرير على ذكور أمتي، وأحل لإناثهم» . وروى أبو داود، بإسناده عن جابر، قال: كنا ننزعه عن الغلمان، ونتركه على الجواري. وقدم حذيفة من سفر، وعلى صبيانه قمص من حرير، فمزقها على الصبيان، وتركها على الجواري، أخرجه الأثرم. وروي أيضا عن عبد الرحمن بن يزيد قال: كنت رابع أربعة، أو خامس خمسة، مع عبد الله، فجاء ابن له صغير عليه قمص من حرير، فدعاه، فقال له: من كساك هذا؟ قال: أمي. فأخذه عبد الله فشقه.

والوجه الآخر، ذكره أصحابنا ، أنه يباح؛ لأنهم غير مكلفين، فلا يتعلق التحريم بلبسهم، كما لو ألبسه دابة، ولأنهم محل للزينة فأشبهوا النساء.

والأول أصح؛ لظاهر الحديث، وفعل الصحابة. ويتعلق التحريم بتمكينهم من المحرمات كتمكينهم من شرب الخمر، وأكل الربا، وغيرهما، وكونهم محل الزينة - مع تحريم الاستمتاع بهم - يقتضي التحريم، لا الإباحة، بخلاف النساء. والله أعلم.

[مسألة لم يقدر على ستر العورة في الصلاة]

(٨٢٢) مسألة: قال: ومن لم يقدر على ستر العورة صلى جالسا يومئ إيماء وجملة ذلك، أن العادم للسترة الأولى له أن يصلي قاعدا. وروي ذلك عن ابن عمر وقال به عطاء، وعكرمة، وقتادة، والأوزاعي، وأصحابالرأي. ويومئ بالركوع والسجود. وهذا مذهب أبي حنيفة. وقال مجاهد، ومالك، والشافعي وابن المنذر يصلي قائما، بركوع وسجود؛ لقوله - عليه السلام -: «صل قائما، فإن لم تستطع فجالسا» . رواه البخاري. ولأنه مستطيع للقيام من غير ضرر، فلم يجز تركه له كالقادر على الستر.

ولنا ما روى الخلال، بإسناده عن ابن عمر، في قوم انكسرت بهم مراكبهم، فخرجوا عراة، قال: يصلون جلوسا، يومئون إيماء برءوسهم. ولم ينقل خلافه، ولأن الستر آكد من القيام بدليل أمرين: أحدهما، أنه يسقط مع القدرة بحال، والقيام يسقط في النافلة. والثاني أن القيام يختص الصلاة، والستر يجب فيها وفي غيرها، فإذا لم يكن بد من ترك". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٢٤

٤٨. ٤٨-"[فصل لم يجد إلا ما يستر عورته أو منكبيه في الصلاة]

(٨٢٦) فصل: فإن لم يجد إلا ما يستر عورته أو منكبيه، ستر عورته؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا كان الثوب واسعا فالتحف به، وإن كان ضيقا فاتزر به» . وهذا الثوب ضيق. وفي المسند عن ابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أو عن عمر، قال: «لا يشتمل أحدكم اشتمال اليهود، ليتوشح، ومن كان له ثوبان فليأتزر وليرتد، ومن لم يكن له ثوبان فليتزر ثم ليصل» . ولأن الستر للعورة واجب متفق على وجوبه متأكد، وستر المنكبين فيه من الخلاف والتخفيف ما فيه، فلا يجوز تقديمه.

وقد روي عن أحمد، في الرجل يكون عليه الثوب اللطيف، لا يبلغ أن يعقده، يرى أن يتزر به ويصلي؟ قال: لا أرى ذلك مجزئا عنه. وإن كان الثوب لطيفا صلى قاعدا، وعقد من ورائه. وظاهر هذا، أنه قد ستر المنكبين على القيام، وستر ما عدا الفرجين، ولأنه ذهب إلى أن الحديث في ستر المنكبين أصح منه في ستر الفرجين، وأن القيام له بدل، وستر المنكبين لا بدل له. والصحيح ما ذكرناه أولا؛ لما قدمنا من تأكد ستر العورة والقيام، وما روينا من الحديث، وهو صريح في هذه المسألة، وفيه قصة رواها أبو داود، عن جابر، قال: «سرت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعلي بردة ذهبت أخالف بين طرفيها، فلم تبلغ لي، وكانت لها ذباذب، فنكستها، ثم خالفت بين طرفيها، ثم تواقصت عليها حتى لا تسقط، ثم جئت حتى قمت عن يسار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه، فجاء جبار بن صخر، حتى قام عن يساره، فأخذنا بيديه جميعا، حتى أقامنا خلفه. قال: وجعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يرمقني وأنا لا أشعر، ثم فطنت به، فأشار إلي أن اتزر بها، فلما فرغ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: يا جابر. قلت: لبيك يا رسول الله. قال: إذا كان واسعا فخالف بين طرفيه، وإذا كان ضيقا فاشدده على حقوك» .

[فصل لم يجد إلا ما يستر بعض العورة في الصلاة]

(٨٢٧) فصل: فإن لم يجد إلا ما يستر بعض العورة ستر الفرجين؛ لأنهما أفحش، وسترهما آكد، وهما من العورة بغير خلاف. فإن كان لا يكفي إلا أحدهما ستر أيهما شاء. واختلف في أولاهما بالستر، فقيل: الدبر؛ لأنه أفحش، لا سيما في الركوع والسجود. وقيل: القبل لأنه مستقبل به القبلة، وليس له ما يستره، والدبر مستور بالأليتين.

[مسألة صلى جماعة عراة]

(٨٢٨) مسألة: قال: فإن صلى جماعة عراة، كان الإمام معهم في الصف وسطا، يومئون إيماء. ويكون سجودهم أخفض من ركوعهم". (١)

٤٩. ٤٩-"فأما بطلان الصلاة بتركها ففيه تفصيل، وذلك أنه لا يخلو؛ إما أن يتركها عمدا أو سهوا. فإن من تركها عمدا بطلت صلاته في الحال، وإن ترك شيئا منها سهوا، ثم ذكره في الصلاة، أتى به، على ما سنبينه فيما بعد، إن شاء الله، وإن لم يذكره حتى فرغ من الصلاة.

فإن طال الفصل. ابتدأ الصلاة، وإن لم يطل بنى عليها، نص أحمد على هذا، في رواية جماعة. وبهذا قال الشافعي ونحوه قال مالك ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة والعرف. واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم: الفصل الطويل قدر ركعة وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعضهم قدر الصلاة التي نسي فيها والذي قلنا أصح لأنه لا حد له في الشرع فيرجع إلى العرف فيه ولا يجوز التقدير بالتحكم.

وقال جماعة من أصحابنا : متى ترك ركنا فلم يدركه حتى سلم، بطلت صلاته. قال النخعي، والحسن من نسي سجدة من صلاة، ثم ذكرها في الصلاة، سجدها متى ذكرها، فإذا قضى صلاته، سجد سجدتي السهو. وعن مكحول، ومحمد بن أسلم الطوسي في المصلي ينسى سجدة أو ركعة، يصليها متى ما ذكرها، ويسجد سجدتي السهو. وعن الأوزاعي في رجل نسي سجدة من صلاة الظهر، فذكرها في صلاة العصر، يمضي في صلاته، فإذا فرغ سجدها. ولنا، على أن الصلاة لا تبطل مع قرب الفصل، أنه لو ترك ركعة أو أكثر، فذكر قبل أن يطول الفصل، أتى بما ترك، ولم تبطل صلاته إجماعا. وقد دل عليه حديث ذي اليدين فإذا ترك ركنا واحدا، فأولى أن لا تبطل الصلاة؛ فإنه لا يزيد على ترك ركعة.

والدليل على أن الصلاة تبطل بتطاول الفصل، أنه أخل بالموالاة، فلم تصح صلاته كما لو ذكر في يوم ثان.

(٨٨٤) فصل: ويلزمه أن يأتي بركعة، إلا أن يكون المنسي التشهد والسلام، فإنه يأتي به ويسلم، ثم يسجد للسهو. وقال الشافعي يأتي بالركن وما بعده لا غير. ويأتي الكلام على هذا في باب سجود

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٢٧

السهو. قال أحمد – رحمه الله –. في رواية الأثرم، فيمن نسي سجدة من الركعة الرابعة، ثم سلم وتكلم: إذا كان الكلام الذي تكلم به من شأن الصلاة، قضى ركعة، لا يعتد بالركعة الأخيرة؛ لأنها لا تتم إلا بسجدتيها، فلما لم يسجد مع الركعة سجدتيها، وأخذ في عمل بعد السجدة الواحدة، قضى ركعة، ثم تشهد وسلم وسجد سجدتي السهو.". (١)

٥٠. ٥٠-"في موضع تخافت، أو خافت في موضع جهر، أو صلى خمسا، أو ما عدا ذلك من السهو، فكل ذلك يسجد له قبل السلام) وجملة ذلك، أن السجود كله عند أحمد قبل السلام، إلا في الموضعين اللذين ورد النص بسجودهما بعد السلام، وهما إذا سلم من نقص في صلاته، أو تحرى الإمام، فبنى على غالب ظنه، وما عداهما يسجد له قبل السلام. نص على هذا في رواية الأثرم. قال: أنا أقول، كل سهو جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه يسجد فيه بعد السلام، وسائر السجود يسجد فيه قبل السلام، هو أصح في المعنى؛ وذلك أنه من شأن الصلاة، فيقضيه قبل أن يسلم.

ثم قال: سجد النبي – صلى الله عليه وسلم – في ثلاثة مواضع بعد السلام، وفي غيرها قبل السلام. قلت: اشرح الثلاثة مواضع التي بعد السلام. قال: سلم من ركعتين، فسجد بعد السلام، هذا حديث ذي اليدين. وسلم من ثلاث فسجد بعد السلام، هذا حديث عمران بن حصين. وحديث ابن مسعود في موضع التحري سجد بعد السلام. قال القاضي: لا يختلف قول أحمد في هذين الموضعين، أنه يسجد لهما بعد السلام. واختلف في من سها فصلى خمسا، هل يسجد قبل السلام أو بعده؟ على روايتين. وما عدا هذه المواضع يسجد لها قبل السلام، رواية واحدة.

وبهذا قال سليمان بن داود، وأبو خيثمة، وابن المنذر، وحكى أبو الخطاب عن أحمد روايتين أخريين؛ إحداهما، أن السجود كله قبل السلام روي ذلك عن أبي هريرة، ومكحول، والزهري، ويحيى الأنصاري، وربيعة، والليث، والأوزاعي. وهو مذهب الشافعي؛ لحديث ابن بحينة، وأبي سعيد. وقال الزهري: كان آخر الأمرين السجود قبل السلام. ولأنه تمام الصلاة وجبر لنقصها، فكان قبل سلامها كسائر أفعالها. والثانية أن ما كان من نقص سجد له قبل السلام؛ لحديث ابن بحينة. وما كان من زيادة سجد له بعد السلام؛ لحديث ذي اليدين، وحديث ابن مسعود حين صلى النبي – صلى الله عليه وسلم –

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤

خمسا. وهذا مذهب مالك وأبي ثور وروي عن ابن مسعود، أنه قال: كل شيء شككت فيه من صلاتك من نقصان، من ركوع أو سجود، أو غير ذلك، فاستقبل أكثر ظنك، واجعل سجدتي السهو من هذا النحو قبل التسليم، فأما غير ذلك من السهو فاجعله بعد التسليم. رواه سعيد.
وقال أصحاب الرأي: سجود السهو كله بعد السلام، وله فعلهما قبل السلام. يروى نحو ذلك عن علي، وسعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، وعمار، وابن عباس، وابن الزبير، وأنس، والحسن، والنخعي، وابن أبي ليلى؛ لحديث ذي اليدين، وحديث ابن مسعود التحري. وروى ثوبان، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لكل سهو سجدتان بعد التسليم» رواه سعيد.
وعن عبد الله بن جعفر قال:". (١)

٥١. ٥١-"صلب الصلاة. ويحتمل أن لا يجب التشهد؛ لأن ظاهر الحديثين الأولين أنه سلم من غير تشهد، وهما أصح من هذه الرواية، ولأنه سجود مفرد، فلم يجب له تشهد، كسجود التلاوة

[فصل نسي سجود السهو حتى طال الفصل]
(٩١٨) فصل: وإذا نسي سجود السهو حتى طال الفصل، لم تبطل الصلاة. وبذلك قال الشافعي وأصحابالرأي. وعن أحمد: أنه إن خرج من المسجد أعاد الصلاة، وهو قول الحكم، وابن شبرمة وقول مالك وأبي ثور في السجود الذي قبل السلام. ولنا، أنه جابر للعبادة بعدها، فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج، ولأنه مشروع للصلاة خارج منها، فلم تفسد بتركه، كالأذان (٩١٩) فصل: ويقول في سجوده ما يقول في سجود صلب الصلاة؛ لأنه سجود مشروع في الصلاة، أشبه سجود صلب الصلاة

[فصل نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى]
(٩٢٠) فصل: وإن نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى، سجد بعد فراغه منها، في ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه في المسجد. وعلى قول غيره، إن طال الفصل لم يسجد وإلا سجد.

[فصل سجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب]
(٩٢١) فصل: وسجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب. وعن أحمد غير واجب. ولعل مبناها

(١) <المغني لابن قدامة ١٨/٢

على أن الواجبات التي شرع السجود لجبرها غير واجبة، فيكون جبرها غير واجب. وهذا قول الشافعي وأصحابالرأي؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «كانت الركعة والسجدتان نافلة له» . ولنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر به في حديث ابن مسعود وأبي سعيد وفعله، وقال «صلوا كما رأيتموني أصلي» وقوله " نافلة " يعني أن له ثوابا فيه كما أنه سمى الركعة أيضا نافلة وهي واجبة على الساهي بلا خلاف.

فأما المشروع لما لا يبطل عمده الصلاة فغير واجب قال أحمد: إنما يجب السجود فيما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – يعني وما كان في معناه فنقيس على زيادة خامسة سائر زيادات الأفعال من جنس الصلاة، وعلى ترك التشهد ترك غيره من الواجبات، وعلى التسليم من نقصان زيادات الأقوال المبطلة عمدا". (١)

٥٢. ٥٢-"السجود، سجد المسبوق في آخر صلاته، رواية واحدة؛ لأنه لم يوجد من الإمام ما يكمل به صلاة المأموم.

وإذا سها المأموم فيما تفرد فيه بالقضاء، سجد، رواية واحدة؛ لأنه قد صار منفردا، فلم يتحمل عنه الإمام وهكذا لو سها، فسلم مع إمامه، قام فأتم صلاته، ثم سجد بعد السلام، كالمنفرد، سواء

[فصل غير المسبوق إذا سها إمامه فلم يسجد فهل يسجد المأموم]

(٩٢٩) فصل: فأما غير المسبوق إذا سها إمامه فلم يسجد، فهل يسجد المأموم؟ فيه روايتان: إحداهما، يسجد، وهو قول ابن سيرين، والحكم، وحماد وقتادة ومالك، والليث، والشافعي، وأبي ثور قال ابن عقيل: وهي أصح؛ لأن صلاة المأموم نقصت بسهو الإمام، ولم تنجبر بسجوده، فيلزم المأموم جبرها. والثانية: لا يسجد. روي ذلك عن عطاء، والحسن، والنخعي، والقاسم وحماد بن أبي سليمان، والثوري، وأصحابالرأي؛ لأن المأموم إنما يسجد تبعا، فإذا لم يسجد الإمام لم يوجد المقتضي لسجود المأموم.

وهذا إذا تركه الإمام لعذر، فإن تركه قبل السلام عمدا، وكان الإمام ممن لا يرى أن السجود واجب، فهو كتاركه سهوا. وإن كان يعتقد وجوبه، بطلت صلاته. وهل تبطل صلاة المأموم؟ فيه وجهان: أحدهما: تبطل؛ لأنه ترك واجبا في الصلاة عمدا فبطلت صلاة المأموم، كترك التشهد الأول. والثاني:

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨

لا تبطل؛ لأنه لم يبق من الصلاة إلا السلام

[فصل قام المأموم لقضاء ما فاته فسجد إمامه بعد السلام]

(٩٣٠) فصل: إذا قام المأموم لقضاء ما فاته، فسجد إمامه بعد السلام، فحكمه حكم القائم عن التشهد الأول؛ إن سجد إمامه قبل انتصابه قائما لزمه الرجوع، وإن انتصب قائما ولم يشرع في القراءة، لم يرجع وإن رجع جاز وإن شرع في القراءة لم يكن له الرجوع، نص عليه أحمد قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: رجل أدرك بعض الصلاة، فلما قام ليقضي، إذا على الإمام سجود سهو؟ فقال: إن كان عمل في قيامه، وابتدأ في القراءة، مضى، ثم سجد. قلت: فإن لم يستتم قائما؟ قال: يرجع ما لم يعمل. قيل له: قد استتم قائما؟ فقال: إذا استتم قائما، وأخذ في عمل القضاء، سجد بعدما يقضي. وذلك لأنه قام عن واجب إلى ركن أشبه القيام عن التشهد الأول. وذكر ابن عقيل أن فيه روايات ثلاثا. وهذا أولى، وهو منصوص عليه بما قد رويناه.". (١)

٥٣. ٥٣-"خفيت الحكمة فيها، ومتى أمكن تعليل الحكم تعين تعليله، وكان أولى من قهر التعبد ومرارة التحكم، يدل على صحة هذا تعدية الحكم إلى الحش المسكوت عنه، بالتنبيه من وجود معنى المنطوق فيه، وإلا لم يكن ذلك تنبيها، فعلى هذا يمكن قصر الحكم على ما هو مظنة منها، فلا يثبت حكم المنع في موضع المسلخ من الحمام، ولا في وسطه، لعدم المظنة فيه، وكذلك ما أشبهه والله أعلم.

(٩٦٠) فصل: وزاد أصحابنا المجزرة، والمزبلة، ومحجة الطريق، وظهر الكعبة؛ لأنها في خبر عمر وابنه. وقالوا: لا يجوز فيها الصلاة.

ولم يذكرها الخرقي فيحتمل أنه جوز الصلاة فيها، وهو قول أكثر أهل العلم؛ لعموم قوله - عليه الصلاة والسلام -: «جعلت لي الأرض مسجدا» وهو صحيح متفق عليه. واستثنى منه المقبرة، والحمام، ومعاطن الإبل، بأحاديث صحيحة خاصة، ففيما عدا ذلك يبقى على العموم. وحديث عمر وابنه يرويهما العمري، وزيد بن جبير؛ وقد تكلم فيهما من قبل حفظهما، فلا يترك الحديث الصحيح بحديثهما. وهذا أصح، وأكثر أصحابنا ، فيما علمت، عملوا بخبر عمر وابنه في المنع من الصلاة في المواضع السبعة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٣

ومعنى محجة الطريق: الجادة المسلوكة التي تسلكها السابلة. وقارعة الطريق: يعني التي تقرعها الأقدام، فاعلة بمعنى مفعولة، مثل الأسواق والمشارع والجادة للسفر. ولا بأس بالصلاة فيما علا منها يمنة ويسرة ولم يكثر قرع الأقدام فيه. وكذلك لا بأس بالصلاة في الطريق التي يقل سالكوها، كطرق الأبيات اليسيرة.

والمجزرة: الموضع الذي يذبح القصابون فيه البهائم، وشبههم معروفا بذلك معدا. والمزبلة: الموضع الذي يجمع فيه الزبل. ولا فرق في هذه المواضع بين ما كان منها طاهرا ونجسا، ولا بين كون الطريق فيها سالكا أو لم يكن؛ ولا في المعاطن بين أن يكون فيها إبل في الوقت أو لم يكن.

وأما المواضع التي تبيت فيها الإبل في مسيرها، أو تناخ فيها لعلفها أو وردها، فلا يمنع الصلاة فيها. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن موضع فيه أبعار الإبل يصلى فيه؟ فرخص فيه، ثم قال: إذا لم يكن من معاطن الإبل، التي نهي عن الصلاة فيها، التي تأوي إليها الإبل. (٩٦١) فصل: ويكره أن يصلي إلى هذه المواضع فإن فعل صحت صلاته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وقد سئل عن الصلاة إلى المقبرة والحمام والحش؟ قال: لا ينبغي أن يكون في القبلة قبر، ولا حش ولا حمام، فإن كان يجزئه. وقال أبو بكر: يتوجه في الإعادة قولان؛ أحدهما: يعيد؛ لموضع النهي، وبه أقول.

والثاني: يصح؛ لأنه لم يصل في شيء من المواضع المنهي عنها. وقال أبو عبد الله بن حامد: إن". (١)

٥٤. ٥٤-"وإسحاق. وقال القاضي: رأيت لأبي إسحاق بن شاقلا كلاما يدل على طهارة بول الغلام؛ لأنه لو كان نجسا لوجب غسله. (١) وقال الثوري وأبو حنيفة: يغسل بول الغلام كما يغسل بول الجارية؛ لأنه بول نجس، فوجب غسله كسائر الأبوال النجسة، ولأنه حكم يتعلق بالنجاسة، فاستوى فيه الذكر والأنثى، كسائر أحكامهما.

ولنا ما روت أم قيس بنت محصن «، أنها أتت بابن، لها صغير، لم يأكل الطعام، إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأجلسه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجره، فبال على ثوبه، فدعا بماء، فنضحه، ولم يغسله.» وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت «، أتي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بصبي، فبال على ثوبه فدعا بماء فأتبعه بوله، ولم يغسله» . متفق عليهما. وعن لبابة بنت الحارث قالت: «كان الحسين بن علي في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فبال عليه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣/٢

فقلت: البس ثوبا آخر، وأعطني إزارك حتى أغسله. فقال: إنما يغسل من بول الأنثى، وينضح من بول الغلام الذكر» . رواه أبو داود.

وعن علي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «بول الغلام ينضح، وبول الجارية يغسل» . قال قتادة: هذا ما لم يطعما الطعام، فإذا طعما غسل بولهما. رواه الإمام أحمد في مسنده. وهذه نصوص صحيحة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، فاتباعها أولى، وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - **أصح** من قول من خالفه. (٩٩٠) فصل: قال أحمد: الصبي إذا طعم الطعام، وأراده، واشتهاه، غسل بوله، وليس إذا أطعم؛ لأنه قد يلعق العسل ساعة يولد، والنبي - صلى الله عليه وسلم - حنك بالتمر. ولكن إذا كان يأكل ويريد الأكل، فعلى هذا ما يسقاه الصبي أو يلعقه للتداوي لا يعد طعاما يوجب الغسل، وما يطعمه لغذائه وهو يريده ويشتهيه، هو الموجب لغسل بوله. والله أعلم.

[مسألة المني طاهر]

(٩٩١) مسألة: قال: (والمني طاهر. وعن أبي عبد الله، رحمه الله رواية أخرى، أنه كالدم) اختلفت الرواية عن أحمد في المني، فالمشهور: أنه طاهر. وعنه أنه كالدم، أي أنه نجس. ويعفى عن يسيره. وعنه: أنه لا يعفى عن يسيره. ويجزئ فرك يابسه على كل حال. والرواية الأولى هي المشهورة في المذهب، وهو قول سعد بن أبي وقاص، وابن عمر. وقال ابن عباس: امسحه عنك بإذخرة أو خرقة، ولا تغسله إن شئت. وقال ابن المسيب: إذا صلى فيه لم يعد. وهو مذهب الشافعي،". (١)

٥٥. ٥٥-"ابن عمر.

وقوله: «لا تصلوا بعد العصر إلا أن تصلوا والشمس مرتفعة» . رواه أبو داود. وقالت عائشة: وهم عمر إنما نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يتحرى طلوع الشمس أو غروبها. ولنا ما ذكرنا من الأحاديث في أول الباب، وهي صحيحة صريحة، والتخصيص في بعض الأحاديث لا يعارض العموم الموافق له، بل يدل على تأكد الحكم فيما خصه، وقول عائشة في رد خبر عمر غير مقبول، فإنه مثبت لروايته عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وهي تقول برأيها، وقول النبي - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٨/٢

وسلم - أصح من قولها، ثم هي قد روت ذلك أيضا، فروى ذكوان مولى عائشة، أنها حدثته، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يصلي بعد العصر، وينهى عنه» . رواه أبو داود، فكيف يقبل ردها لما قد أقرت بصحته، وقد رواه أبو سعيد، وعمرو بن عبسة، وأبو هريرة، وابن عمر، والصنابحي، وأم سلمة، كنحو رواية عمر، فلا يترك هذا بمجرد رأي مختلف متناقض.

(١٠٢٧) فصل: والنهي عن الصلاة بعد العصر متعلق بفعل الصلاة، فمن لم يصل أبيح له التنفل، وإن صلى غيره. ومن صلى العصر فليس له التنفل وإن لم يصل أحد سواه. لا نعلم في هذا خلافا عند من يمنع الصلاة بعد العصر. فأما النهي بعد الفجر فيتعلق بطلوع الفجر، وبهذا قال سعيد بن المسيب، والعلاء بن زياد، وحميد بن عبد الرحمن، وأصحابالرأي. وقال النخعي: كانوا يكرهون ذلك. يعني التطوع بعد طلوع الفجر. ورويت كراهته عن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عمرو.

وعن أحمد رواية أخرى، أن النهي متعلق بفعل الصلاة أيضا كالعصر. وروي نحو ذلك عن الحسن، والشافعي؛ لما روى أبو سعيد، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس» . رواه مسلم، وروى أبو داود حديث عمر بهذا اللفظ. وفي حديث عمرو بن عبسة قال: «صل صلاة الصبح ثم أقصر عن الصلاة، كذا» رواه مسلم. وفي رواية أبي داود قال: «قلت يا رسول الله، أي الليل أسمع؟ قال: جوف الليل الآخر، فصل ما شئت، فإن الصلاة مكتوبة مشهودة حتى تصلي الصبح، ثم أقصر حتى تطلع الشمس، فترتفع قدر رمح أو رمحين» . ولأن لفظ النبي - صلى الله عليه وسلم - في العصر علق على الصلاة دون وقتها، فكذلك الفجر، ولأنه وقت نهي بعد صلاة، فيتعلق بفعلها، كبعد العصر. والمشهور في المذهب الأول؛ لما روى «يسار مولى ابن عمر، قال: رآني ابن عمر وأنا أصلي بعد طلوع الفجر فقال: يا يسار، إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خرج علينا ونحن نصلي هذه الصلاة، فقال: ليبلغ شاهدكم غائبكم، لا تصلوا بعد الفجر إلا سجدتين» . رواه أبو داود، وفي لفظ:". (١)

٥٦. ٥٦-"عبد الأشهل، فصلى المغرب، فرآهم يتطوعون بعدها. فقال: هذه صلاة البيوت» . رواه أبو داود. وعن رافع بن خديج، قال: «أتانا النبي - صلى الله عليه وسلم - في بني عبد الأشهل، فصلى بنا المغرب في مسجدنا، ثم قال: اركعوا هاتين الركعتين في بيوتكم» . رواه ابن ماجه، والأثرم،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٦

ولفظه، قال: «صلوا هاتين الركعتين في بيوتكم» .

[فصل كل سنة قبل الصلاة فوقتها من دخول وقتها]

(١٠٤٢) فصل: كل سنة قبل الصلاة، فوقتها من دخول وقتها إلى فعل الصلاة، وكل سنة بعدها، فوقتها من فعل الصلاة إلى خروج وقتها، فإن فات شيء من وقت هذه السنن، فقال أحمد: لم يبلغنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى شيئا من التطوع، إلا ركعتي الفجر، والركعتين بعد العصر. وقال ابن حامد: تقضى جميع السنن الرواتب في جميع الأوقات إلا أوقات النهي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بعضها، وقسنا الباقي عليه. وقال القاضي وبعض أصحابنا : لا يقضى إلا ركعتا الفجر تقضى، إلى وقت الضحى، وركعتا الظهر. فإن أحمد قال: ما أعرف وترا بعد الفجر. وركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى. قال مالك: تقضى ركعتا الفجر إلى وقت الزوال، ولا تقضى بعد ذلك

وقال النخعي، وسعيد بن جبير، والحسن: إذا طلعت الشمس فلا وتر. وقال بعضهم: من صلى الغداة فلا وتر عليه. والأول أصح؛ لما ذكرنا وقد قال أحمد، - رحمه الله -: أحب أن يكون له شيء من النوافل يحافظ عليه، إذا فات قضى.

النوع الثاني: تطوعات مع السنن الرواتب، يستحب أن يصلي قبل الظهر أربعا وأربعا بعدها؛ لما روت أم حبيبة، قالت: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من حافظ على أربع ركعات قبل الظهر، وأربع بعدها، حرمه الله على النار» . رواه أبو داود، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح غريب. وروى أبو أيوب، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن أبواب السماء» . وقد ذكرناه

وعلى أربع قبل العصر؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا» . رواه أبو داود، وعن علي - رضي الله عنه - في صفة صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: وأربعا قبل الظهر إذا زالت الشمس، وركعتين بعدها، وأربعا قبل العصر، يفصل بين كل ركعتين بالسلام على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين. رواه ابن ماجه. وعلى أربع بعد سنة المغرب؛ لما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من صلى بعد المغرب ست ركعات، لم يتكلم بينهن بسوء، عدلن له بعبادة اثنتي عشرة سنة» رواه الترمذي، وقال:

لا نعرفه إلا من حديث". (١)

٥٧. ٥٧-"[مسألة يباح أن يتطوع جالسا]

(١٠٦١) مسألة: قال: (ويباح أن يتطوع جالسا) لا نعلم خلافا في إباحة التطوع جالسا، وأنه في القيام أفضل، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من صلى قائما فهو أفضل، ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم» . متفق عليه. وفي لفظ مسلم: «صلاة الرجل قاعدا نصف الصلاة» . وقالت عائشة: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس» . وروي نحو ذلك عن حفصة، وعبد الله بن عمرو، وجابر بن سمرة، أخرجهن مسلم. ولأن كثيرا من الناس يشق عليه طول القيام، فلو وجب في التطوع لترك أكثره، فسامح الشارع في ترك القيام فيه ترغيبا في تكثيره، كما سامح في فعله على الراحلة في السفر، وسامح في نية صوم التطوع من النهار.

[مسألة يستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا]

(١٠٦٢) مسألة: قال: (ويكون في حال القيام متربعا، ويثني رجليه في الركوع والسجود) وجملته أنه يستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا، روي ذلك عن ابن عمر، وأنس، وابن سيرين، ومجاهد، وسعيد بن جبير، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وعن أبي حنيفة كقولنا. وعنه يجلس كيف شاء. وروي عن ابن المسيب، وعروة، وابن عمر: يجلس كيف شاء؛ لأن القيام سقط، فسقطت هيئته. وروي عن ابن المسيب، وعروة، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء الخراساني، أنهم كانوا يحتبون في التطوع.

واختلف فيه عن عطاء، والنخعي. ولنا، أن القيام يخالف القعود فينبغي أن تخالف هيئته في بدله هيئة غيره، كمخالفة القيام غيره، وهو مع هذا أبعد من السهو والاشتباه، وليس إذا سقط القيام لمشقته يلزم سقوط ما لا مشقة فيه، كمن سقط عنه الركوع والسجود، لا يلزم سقوط الإيماء بهما. وهذا الذي ذكرنا من صفة الجلوس مستحب غير واجب، إذ لم يرد بإيجابه دليل. فأما قوله: «ويثني رجليه في الركوع والسجود» . فقد روي عن أنس. قال أحمد: يروى عن أنس، أنه صلى متربعا، فلما ركع ثنى رجله. وهذا قول الثوري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٥/٢

وحكى ابن المنذر، عن أحمد، وإسحاق، أنه لا يثني رجليه إلا في السجود خاصة، ويكون في الركوع على هيئة القيام. وذكره أبو الخطاب. وهو قول أبي يوسف ومحمد، وهو أقيس؛ لأن هيئة الراكع في رجليه هيئة القائم، فينبغي أن يكون على هيئته، وهذا أصح في النظر إلا أن أحمد ذهب إلى فعل أنس، وأخذ به.". (١)

٥٨. ٥٨-"وأراد المبالغة في تأكيده؛ لما قد ورد فيه من الأحاديث في الأمر به، والحث عليه، فخرج كلامه مخرج كلام النبي - صلى الله عليه وسلم - وإلا فقد صرح في رواية حنبل، فقال: الوتر ليس بمنزلة الفرض، فلو أن رجلا صلى الفريضة وحدها، جاز له وهما سنة مؤكدة؛ الركعتان قبل الفجر والوتر، فإن شاء قضى الوتر، وإن شاء لم يقضه، وليس هما بمنزلة المكتوبة. واختلف أصحابنا في الوتر وركعتي الفجر، فقال القاضي: ركعتا الفجر آكد من الوتر؛ لاختصاصهما بعدد لا يزيد ولا ينقص، فأشبها المكتوبة. وقال غيره: الوتر آكد. وهو أصح؛ لأنه مختلف في وجوبه، وفيه من الأخبار ما لم يأت مثله في ركعتي الفجر، لكن ركعتا الفجر تليه في التأكيد، والله أعلم.

[فصل وقت الوتر]

(١٠٨٧) فصل: ووقته ما بين العشاء وطلوع الفجر الثاني، فلو أوتر قبل العشاء، لم يصح. وتره. وقال الثوري، وأبو حنيفة: إن صلاه قبل العشاء ناسيا لم يعده، وخالفه صاحباه. فقالا: يعيد. وكذلك قال مالك، والشافعي؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الوتر جعله الله لكم ما بين صلاة العشاء إلى صلاة الفجر.» وفيه حديث أبي بصرة «إن الله زادكم صلاة، فصلوها ما بين العشاء إلى صلاة الصبح» .

وفي " المسند " عن معاذ، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «زادني ربي صلاة، وهي الوتر، ووقتها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر» ولأنه صلاه قبل وقته، فأشبه ما لو صلى نهارا. وإن أخر الوتر حتى يطلع الصبح، فات وقته وصلاه قضاء. وروي عن ابن مسعود، أنه قال: الوتر ما بين الصلاتين. وعن علي - رضي الله عنه - نحوه، لحديث أبي بصرة. والصحيح أن وقته إلى طلوع الفجر؛ لحديث معاذ، والحديث الآخر، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإذا خشي أحدكم

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٠٥

الصبح صلى ركعة، فأوترت له ما قد صلى» . وقال: «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا» متفق عليه. وقال «أوتروا قبل أن تصبحوا» وقال: «الوتر ركعة من آخر الليل» وقال «من خاف أن لا يقوم من آخر الليل فليوتر من أوله» . أخرجهن مسلم.

[فصل الأفضل التهجد في آخر الليل]

(١٠٨٨) فصل: والأفضل فعله في آخر الليل؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من خاف أن لا يقوم من آخر الليل، فليوتر من أوله، ومن طمع أن يقوم آخره، فليوتر آخر الليل؛ فإن صلاة آخر الليل مشهودة» وذلك أفضل وهذا صريح. وقال - عليه السلام - «الوتر ركعة من آخر الليل» وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يوتر آخر الليل وقالت عائشة: «من كل الليل قد أوتر رسول الله". (١)

٥٩. ٥٩-"القوم وقد صلوا، كنت أحرزت صلاتك، وإلا كانت لك نافلة» . رواه مسلم.

ولأنه إجماع الصحابة، فعلت عائشة ذلك وروي أن أبا سعيد مولى أبي أسيد، قال: تزوجت وأنا عبد، فدعوت نفرا من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأجابوني، فكان فيهم أبو ذر، وابن مسعود، وحذيفة، فحضرت الصلاة وهم في بيتي، فتقدم أبو ذر ليصلي بهم، فقالوا له. وراءك؟ فالتفت إلى ابن مسعود، فقال: أكذلك يا أبا عبد الرحمن؟ قال: نعم. فقدموني، وأنا عبد، فصليت بهم. رواه صالح في " مسائله " بإسناده، وهذه قصة مثلها ينتشر، ولم ينكر ولا عرف مخالف لها، فكان ذلك إجماعا، ولأن الرق حق ثبت عليه، فلم يمنع صحة إمامته كالدين، ولأنه من أهل الأذان للرجال يأتي بالصلاة على الكمال فكان له أن يؤمهم كالحر.

وأما الأعمى فلا نعلم في صحة إمامته خلافا، إلا ما حكي عن أنس، أنه قال: ما حاجتهم إليه. وعن ابن عباس: أنه قال: كيف أؤمهم وهم يعدلونني إلى القبلة. والصحيح عن ابن عباس أنه كان يؤم وهو أعمى، وعتبان بن مالك، وقتادة وجابر. وقال أنس: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - استخلف ابن أم مكتوم يؤم الناس وهو أعمى» رواه أبو داود. . وعن الشعبي، أنه قال: «غزا النبي - صلى الله عليه وسلم - ثلاث عشرة غزوة، كل ذلك يقدم ابن أم مكتوم يصلي بالناس» . رواه أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٩/٢

بكر. ولأن العمى فقد حاسة لا يخل بشيء من أفعال الصلاة ولا بشروطها، فأشبه فقد الشم. فإذا ثبت هذا فالحر أولى من العبد، لأنه أكمل منه وأشرف، ويصلي الجمعة والعيد إماما بخلاف العبد. وقال أبو الخطاب: والبصير أولى من الأعمى؛ لأنه يستقبل القبلة بعلمه، ويتوقى النجاسات ببصره. وقال القاضي: هما سواء؛ لأن الأعمى أخشع، لأنه لا يشتغل في الصلاة بالنظر إلى ما يلهيه، فيكون ذلك في مقابلة فضيلة البصير عليه، فيتساويان.

والأول **أصح**؛ لأن البصير لو أغمض عينيه كان مكروها، ولو كان ذلك فضيلة لكان مستحبا، لأنه يحصل بتغميضه ما يحصله الأعمى، ولأن البصير إذا غض بصره مع إمكان النظر كان له الأجر فيه، لأنه يترك المكروه مع إمكانه اختيارا، والأعمى يتركه اضطرارا فكان أدنى حالا، وأقل فضيلة.

[فصل إمامة الأخرس]

(١١٣١) فصل: ولا تصح إمامة الأخرس بمثله، ولا غيره، لأنه يترك ركنا، وهو القراءة، تركا مأيوسا من زواله، فلم تصح إمامته، كالعاجز عن الركوع والسجود.

[فصل إمامة الأصم]

(١١٣٢) فصل: وتصح إمامة الأصم؛ لأنه لا يخل بشيء من أفعال الصلاة، ولا شروطها، فأشبه الأعمى؛ فإن". (١)

٦٠. ٦٠-"كان أصم أعمى صحت إمامته لذلك. وقال بعض أصحابنا : لا تصح إمامته؛ لأنه إذا سها لا يمكن تنبيهه بتسبيح ولا إشارة، والأولى صحتها؛ فإنه لا يمنع من صحة الصلاة احتمال عارض لا يتيقن وجوده، كالمجنون حال إفاقته.

[فصل إمامة أقطع اليدين]

(١١٣٣) فصل: فأما أقطع اليدين، فقال أحمد - رحمه الله -: لم أسمع فيه شيئا. وذكر الآمدي فيه روايتين؛ إحداهما: تصح إمامته. اختارها القاضي؛ لأنه عجز لا يخل بركن في الصلاة. فلم يمنع صحة إمامته، كأقطع أحد الرجلين والأنف. والثانية: لا تصح. اختارها أبو بكر؛ لأنه يخل بالسجود على

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٤٣

بعض أعضاء السجود، أشبه العاجز عن السجود على جبهته. وحكم أقطع اليد الواحدة كالحكم في قطعهما جميعا، وأما أقطع الرجلين فلا يصح الائتمام به؛ لأنه مأيوس من قيامه، فلم تصح إمامته كالزمن. وإن كان مقطوع إحدى الرجلين، ويمكنه القيام، صحت إمامته. ويتخرج على قول أبي بكر أن لا تصح إمامته؛ لإخلاله بالسجود على عضو. والأول **أصح**؛ لأنه يسجد على الباقي من رجله أو حائلها.

[مسألة أم أمي أميا وقارئا]

(١١٣٤) مسألة: قال: (وإن) (أم أمي أميا وقارئا) (أعاد القارئ وحده) .

الأمي من لا يحسن الفاتحة أو بعضها، أو يخل بحرف منها، وإن كان يحسن غيرها، فلا يجوز لمن يحسنها أن يأتم به، ويصح لمثله أن يأتم به، ولذلك خص الخرقي القارئ بالإعادة فيما إذا أم أميا وقارئا. وقال القاضي: هذه المسألة محمولة على أن القارئ مع جماعة أميين حتى إذا فسدت صلاة القارئ بقي خلف الإمام اثنان فصاعدا. فإن كان معه أمي واحد، وكانا خلف الإمام أعادا جميعا؛ لأن الأمي صار فذا.

والظاهر أن الخرقي إنما قصد بيان من تفسد صلاته بالائتمام بالأمي، وهذا يخص القارئ دون الأمي، ويجوز أن تصح صلاة الأمي؛ لكونه عن يمين الإمام، أو كونهما جميعا عن يمينه، أو معهم أمي آخر، وإن فسدت صلاته لكونه فذا، فما فسدت لائتمامه بمثله، إنما فسدت لمعنى آخر. وبهذا قال مالك، والشافعي في الجديد. وقيل عنه: يصح أن يأتم القارئ بالأمي في صلاة الإسرار دون صلاة الجهر. وقيل عنه: يجوز أن يأتم به في الحالين؛ لأنه عجز عن ركن، فجاز للقادر عليه الائتمام به، كالقاعد بالقائم. وقال أبو حنيفة: تفسد صلاة الإمام أيضا؛ لأنه لما أحرم معه القارئ لزمته القراءة عنه، لكون الإمام يتحمل القراءة عن المأموم، فعجز عنها، ففسدت صلاته.

ولنا على الأول، أنه ائتم بعاجز عن ركن سوى القيام يقدر عليه المأموم، فلم تصح، كالمؤتم بالعاجز عن الركوع والسجود، ولأن الإمام يتحمل القراءة عن المأموم، وهذا عاجز عن التحمل للقراءة". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٤٤

٦١. ٦١-"أم أنس وقفت خلفهما وحدها. فإن كان معهما رجل وقف عن يمينه، ووقفت المرأة خلفهما. وإن كان معهما رجلان وقفا خلفه، ووقفت المرأة خلفهما. وإن كان أحدهما غلاما في تطوع، وقف الرجل والغلام وراءه، والمرأة خلفهما؛ لحديث أنس. وإن كانت فريضة، فقد ذكرنا ذلك. وتقف المرأة خلفهما.

وإن وقفت معهم في الصف في هذه المواضع، صح ولم تبطل صلاتها ولا صلاتهم على ما ذكرنا فيما تقدم. وإن وقف الرجل الواحد والمرأة خلف الإمام. فقال ابن حامد: لا تصح؛ لأنها لا تؤمه، فلا تكون معه صفا. وقال ابن عقيل: تصح على أصح الوجهين؛ لأنه وقف معه مفترض صلاته صحيحة، فأشبه ما لو وقف معه رجل، وليس من الشرط أن يكون ممن تصح إمامته، بدليل القارئ. مع الأمي، والفاسق والمتنفل مع المفترض (١١٦٨) فصل: إذا كان المأموم واحدا، فكبر عن يسار الإمام، أداره الإمام عن يمينه، ولم تبطل تحريمته، كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - بابن عباس وجابر.

وإن كبر فذا خلف الإمام، ثم تقدم عن يمينه، أو جاء آخر فوقف معه، أو تقدم إلى صف بين يديه، أو كانا اثنين فكبر أحدهما وتوسوس الآخر، ثم كبر قبل رفع الإمام رأسه من الركوع، أو كبر واحد عن يمينه فأحس بآخر، فتأخر معه قبل أن يحرم الثاني، ثم أحرم معه أو أحرم عن يساره، فجاء آخر، فوقف عن يمينه قبل رفع الإمام رأسه من الركوع، صحت صلاتهم. وقد نص أحمد، في رواية الأثرم، في الرجلين يقومان خلف الإمام، ليس خلفه غيرهما، فإن كبر أحدهما قبل صاحبه خاف أن يدخل في الصلاة خلف الصف، فقال: ليس هذا من ذاك، ذاك في الصلاة بكمالها، أو صلى ركعة كاملة، وما أشبه هذا، فأما هذا فأرجو أن لا يكون به بأس.

ولو أحرم رجل خلف الصف، ثم خرج من الصف رجل فوقف معه، صح؛ لما ذكرنا. (١١٦٩) فصل: وإن كبر المأموم عن يمين الإمام، ثم جاء آخر فكبر عن يساره، أخرجهما الإمام إلى ورائه، كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - بجابر وجبار، ولا يتقدم الإمام، إلا أن يكون وراءه ضيق. وإن تقدم، جاز، وإن كبر الثاني مع الأول عن اليمين وخرجا، جاز. وإن دخل الثالث، وهما في التشهد، كبر وجلس عن يمين صاحبه، أو عن يساره، ولا يتأخران في التشهد، فإن في ذلك مشقة.

(١١٧٠) فصل: وإن أحرم اثنان وراء الإمام، فخرج أحدهما لعذر، أو لغير عذر، دخل الآخر في

الصف، أو نبه". (١)

٦٢. ٦٢-"بعادم الماء والتراب، واللابس بالعاري، ولا القادر على الاستقبال بالعاجز عنه؛ لأنه تارك لشرط يقدر عليه المأموم، فأشبه المعافى بمن به سلس البول. ويصح ائتمام كل واحد من هؤلاء بمثله؛ لأن العراة يصلون جماعة، وقد سبق هذا.

[فصل صلاة المفترض خلف المتنفل]

(١١٨٧) فصل: وفي صلاة المفترض خلف المتنفل روايتان: إحداهما: لا تصح. نص عليه أحمد، في رواية أبي الحارث، وحنبل. واختارها أكثر أصحابنا . وهذا قول الزهري، ومالك، وأصحابالرأي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه» . متفق عليه. ولأن صلاة المأموم لا تتأدى بنية الإمام، أشبه صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر.

والثانية: يجوز. نقلها إسماعيل بن سعيد. ونقل أبو داود، قال: سمعت أحمد سئل عن رجل صلى العصر، ثم جاء فنسي، فتقدم يصلي بقوم تلك الصلاة، ثم ذكر لما أن صلى ركعة، فمضى في صلاته؟ قال: لا بأس.

وهذا قول عطاء، وطاوس، وأبي رجاء، والأوزاعي، والشافعي، وسليمان بن حرب، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي إسحاق الجوزجاني، وهي أصح؛ لما روى جابر بن عبد الله، «أن معاذا كان يصلي مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم يرجع فيصلي بقومه تلك الصلاة» . متفق عليه. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «صلى بطائفة من أصحابه في الخوف ركعتين، ثم سلم، ثم صلى بالطائفة الأخرى ركعتين، ثم سلم» . رواه أبو داود، والأثرم.

والثانية منهما تقع نافلة، وقد أم بها مفترضين. وروي عن أبي خلدة، قال: أتينا أبا رجاء لنصلي معه الأولى، فوجدناه قد صلى، فقلنا: جئناك لنصلي معك. فقال: قد صلينا ولكن لا أخيبكم، فأقام فصلى وصلينا معه. رواه الأثرم. ولأنهما صلاتان اتفقتا في الأفعال، فجاز ائتمام المصلي في إحداهما بالمصلي في الأخرى، كالمتنفل خلف المفترض.

فأما حديثهم فالمراد به، لا تختلفوا عليه في الأفعال، بدليل قوله: «فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا،

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٥٨

وإذا سجد فاسجدوا، وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا أجمعون» . ولهذا يصح ائتمام المتنفل بالمفترض مع اختلاف نيتهما،، وقياسهم ينتقض بالمسبوق في الجمعة يدرك أقل من ركعة، ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة.

فصل: ولا يختلف المذهب في صحة صلاة المتنفل وراء المفترض. ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا، وقد دل عليه قول النبي – صلى الله عليه وسلم –:: «ألا رجل يتصدق على هذا، فيصلي معه» . والأحاديث التي في إعادة الجماعة، ولأن صلاة المأموم تتأدى بنية الإمام، بدليل ما لو نوى مكتوبة، فبان قبل وقتها.". (١)

٦٣. ٦٣–"وروي عن ابن عمر أنه كان يقصر في مسيرة عشرة فراسخ، قال ابن المنذر: ثبت أن ابن عمر كان يقصر إلى أرض له، وهي ثلاثون ميلا.

وروي نحو ذلك عن ابن عباس، فإنه قال: يقصر في اليوم، ولا يقصر فيما دونه. وإليه ذهب الأوزاعي. وقال: عامة العلماء يقولون: مسيرة يوم تام. وبه نأخذ. ويروى عن ابن مسعود، أنه يقصر في مسيرة ثلاثة أيام. وبه قال الثوري وأبو حنيفة لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن» .

وهذا يقتضي أن كل مسافر له ذلك، ولأن الثلاثة متفق عليها، وليس في أقل من ذلك توقيف ولا اتفاق. وروي عن جماعة من السلف، رحمة الله عليهم، ما يدل على جواز القصر في أقل من يوم، فقال الأوزاعي: كان أنس يقصر فيما بينه وبين خمسة فراسخ. وكان قبيصة بن ذؤيب، وهانئ بن كلثوم، وابن محيريز يقصرون فيما بين الرملة وبيت المقدس.

وروي عن علي – رضي الله عنه – أنه خرج من قصره بالكوفة حتى أتى النخيلة فصلى بها الظهر والعصر ركعتين ثم رجع من يومه، فقال: أردت أن أعلمكم سنتكم. وعن جبير بن نفير، قال: «خرجت مع شرحبيل بن السمط إلى قرية على رأس سبعة عشر ميلا، أو ثمانية عشر ميلا، فصلى ركعتين، فقلت له، فقال: رأيت عمر بن الخطاب يصلي بالحليفة ركعتين، وقال: إنما فعلت كما رأيت النبي – صلى الله عليه وسلم – يفعل» . رواه مسلم

وروي «أن دحية الكلبي خرج من قرية من دمشق مرة إلى قدر ثلاثة أميال في رمضان، ثم إنه أفطر،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٦/٢

وأفطر معه أناس، وكره آخرون أن يفطروا، فلما رجع إلى قريته، قال: والله لقد رأيت اليوم أمرا ما كنت أظن أني أراه، إن قوما رغبوا عن هدي رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. يقول ذلك للذين صاموا قبل» رواه أبو داود. وروى سعيد، ثنا هاشم عن أبي هارون العبدي عن أبي سعيد الخدري، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا سافر فرسخا قصر الصلاة» . وقال أنس: كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال، أو ثلاثة فراسخ، صلى ركعتين» . شعبة الشاك. رواه مسلم. وأبو داود.

واحتج أصحابنا بقول ابن عباس وابن عمر، قال ابن عباس: يا أهل مكة، لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من عسفان إلى مكة. قال الخطابي: وهو أصح الروايتين عن ابن عمر.

ولأنها مسافة تجمع مشقة السفر، من الحل والشد، فجاز القصر فيها، كمسافة الثلاث، ولم يجز فيما دونها؛ لأنه لم يثبت دليل يوجب القصر فيه. وقول: أنس: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال، أو ثلاثة فراسخ، صلى ركعتين. يحتمل أنه أراد به إذا سافر سفرا طويلا قصر إذا بلغ ثلاثة أميال.". (١)

٦٤. ٦٤-"يجمع إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء. وقال هشام بن عروة: رأيت أبان بن عثمان يجمع بين الصلاتين في الليلة المطيرة؛ المغرب والعشاء، فيصليهما معه عروة بن الزبير،، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن، لا ينكرونه. ولا يعرف لهم في عصرهم مخالف، فكان إجماعا. رواه الأثرم (١٢٥٥) فصل: فأما الجمع بين الظهر والعصر، فغير جائز. قال: الأثرم: قيل لأبي عبد الله: الجمع بين الظهر والعصر في المطر؟ قال: لا، ما سمعت. وهذا (اختيار) أبي بكر، وابن حامد، وقول مالك. وقال أبو الحسن التميمي: فيه (قولان،) أحدهما أنه لا بأس به. وهو قول أبي الخطاب، (ومذهب) الشافعي، لما روى يحيى بن واضح، عن موسى بن عقبة، عن نافع عن ابن عمر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر» . ولأنه (معنى) أباح الجمع، فأباحه بين الظهر والعصر، كالسفر. ولنا، أن مستند الجمع ما ذكرناه من قول (أبي سلمة) ، والإجماع، ولم يرد إلا في المغرب والعشاء، وحديثهم غير صحيح؛ فإنه غير مذكور في الصحاح والسنن. وقول أحمد: ما سمعت. يدل على أنه ليس بشيء، ولا يصح القياس على المغرب والعشاء؛ لما فيهما من

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٨٩

المشقة لأجل الظلمة والمضرة، ولا القياس على السفر؛ لأن مشقته لأجل السير وفوات الرفقة، وهو غير موجود هاهنا.

(١٢٥٦) فصل: والمطر المبيح للجمع هو ما (يبل) الثياب، وتلحق المشقة بالخروج فيه. وأما الطل، والمطر الخفيف الذي لا يبل الثياب، فلا يبيح، والثلج كالمطر في ذلك، لأنه في معناه، وكذلك البرد.

[فصل حكم الوحل بمجرده في جمع الصلاة]

(١٢٥٧) فصل: فأما الوحل بمجرده. فقال القاضي: قال أصحابنا : هو عذر؛ لأن المشقة تلحق بذلك في النعال والثياب، كما تلحق بالمطر. وهو قول مالك. وذكر أبو الخطاب فيه وجها ثانيا، أنه لا يبيح.

وهو مذهب الشافعي، وأبي ثور؛ لأن مشقته دون مشقة المطر، فإن المطر يبل النعال والثياب، والوحل لا يبلها، فلم يصح قياسه عليه. والأول **أصح**؛ لأن الوحل يلوث الثياب والنعال، ويتعرض الإنسان للزلق، فيتأذى نفسه وثيابه، وذلك أعظم من البلل، وقد ساوى المطر في العذر في ترك الجمعة والجماعة، فدل على تساويهما في المشقة المرعية في الحكم.

[فصل جمع الصلاة مع الريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة]

(١٢٥٨) فصل: فأما الريح الشديدة، في الليلة المظلمة الباردة، ففيها وجهان: أحدهما، يبيح الجمع. قال الآمدي: وهو **أصح**. وهو قول عمر بن عبد العزيز؛ لأن ذلك عذر". (١)

٦٥. ٦٥-"مشقة، كالمرضع، والشيخ الضعيف، وأشباههما ممن عليه مشقة في ترك الجمع، ويحتمل أنه صلى الأولى في آخر وقتها، والثانية في أول وقتها، فإن عمرو بن دينار روى هذا الحديث عن جابر بن زيد، عن ابن عباس، قال عمرو: قلت: لجابر أبا الشعثاء، أظنه أخر الظهر وعجل العصر، وأخر المغرب وعجل العشاء؟ قال: وأنا أظن ذلك.

[فصل من شرط جواز الجمع]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٣

(١٢٦٤) فصل: قال ومن شرط جواز الجمع نية الجمع في أحد الوجهين، والآخر لا يشترط ذلك. وهو قول أبي بكر. والتفريع على اشتراطه. وموضع النية يختلف باختلاف الجمع، فإن جمع في وقت الأولى فموضعه عند الإحرام بالأولى، في أحد الوجهين، لأنها نية يفتقر إليها، فاعتبرت عند الإحرام، كنية القصر. والثاني موضعها من أول الصلاة الأولى إلى سلامها، أي ذلك نوى فيه أجزأه؛ لأن موضع الجمع حين الفراغ من آخر الأولى إلى الشروع في الثانية، فإذا لم تتأخر النية عنه، أجزأه ذلك. وإن جمع في وقت الثانية، فموضع النية في وقت الأولى من أوله إلى أن يبقى منه قدر ما يصليها؛ لأنه متى أخرها عن ذلك بغير نية صارت قضاء لا جمعا. ويحتمل أن يكون وقت النية إلى أن يبقى منه قدر ما يدركها به، وهو ركعة، أو تكبيرة الإحرام، على ما قدمنا. والذي ذكره أصحابنا أولى، فإن تأخيرها من القدر الذي يضيق عن فعلها حرام.

[فصل فإن جمع في وقت الأولى اعتبرت المواصلة بينهما]

(١٢٦٥) فصل: فإن جمع في وقت الأولى اعتبرت المواصلة بينهما، وهو أن لا يفرق بينهما إلا تفريقا يسيرا. فإن أطال الفصل بينهما بطل الجمع.

لأن معنى الجمع المتابعة أو المقارنة، ولم تكن المتابعة فلم يبق إلا المقارنة، فإن فرق بينهما تفريقا كثيرا، بطل الجمع، سواء فرق بينهما لنوم أو سهو أو شغل أو قصد أو غير ذلك، لأن الشرط لا يثبت المشروط بدونه، وإن كان يسيرا لم يمنع، لأنه لا يمكن التحرز منه، والمرجع في اليسير والكثير إلى العرف والعادة، لا حد له سوى ذلك، وقدره بعض أصحابنا بقدر الإقامة والوضوء.

والصحيح: أنه لا حد له، لأن ما لم يرد الشرع بتقديره لا سبيل إلى تقديره، والمرجع فيه إلى العرف، كالإحراز والقبض، ومتى احتاج إلى الوضوء والتيمم، فعله إذا لم يطل الفصل، وإن تكلم بكلام يسير، لم يبطل الجمع، وإن صلى بينهما السنة، بطل الجمع، لأنه فرق بينهما بصلاة فبطل الجمع، كما لو صلى بينهما غيرها. وعنه: لا يبطل؛ لأنه تفريق يسير، أشبه ما لو توضأ.

وإن جمع في وقت الثانية، جاز التفريق؛ لأنه متى صلى الأولى فالثانية في وقتها، لا تخرج بتأخيرها عن كونها مؤداة. وفيه وجه آخر، أن المتابعة مشترطة؛ لأن الجمع حقيقته ضم الشيء إلى الشيء، ولا يحصل مع التفريق. والأول أصح؛ لأن الأولى بعد وقوعها صحيحة لا تبطل بشيء يوجد بعدها،

والثانية لا تقع إلا في وقتها.". (١)

٦٦. ٦٦-"وأبي ثور؛ لأنه يتناوله اسم الجمع، فانعقدت به الجماعة كالأربعين، ولأن الله تعالى قال: ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة: ٩] وهذه صيغة الجمع، فيدخل فيه الثلاثة. وقال أبو حنيفة: تنعقد بأربعة؛ لأنه عدد يزيد على أقل الجمع المطلق، أشبه الأربعين.

وقال ربيعة: تنعقد باثني عشر رجلا؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، «أنه كتب إلى مصعب بن عمير بالمدينة، فأمره أن يصلي الجمعة عند الزوال ركعتين، وأن يخطب فيهما فجمع مصعب بن عمير في بيت سعد بن خيثمة باثني عشر رجلا» . وعن جابر قال: «كنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم الجمعة، فقدمت سويقة، فخرج الناس إليها، فلم يبق إلا اثنا عشر رجلا، أنا فيهم، فأنزل الله تعالى: ﴿وإذا رأوا تجارة أو لهوا انفضوا إليها وتركوك قائما﴾ [الجمعة: ١١] . إلى آخر الآية.» رواه مسلم.

وما يشترط للابتداء يشترط للاستدامة. ولنا، ما روى كعب بن مالك، قال: أول من جمع بنا أسعد بن زرارة، في هزم النبيت، من حرة بني بياضة، في نقيع يقال له: نقيع الخضمات قلت له: كم كنتم يومئذ؟ قال: أربعون. رواه أبو داود، والأثرم.

وروى خصيف، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة. رواه الدارقطني. وضعفه ابن الجوزي. وقول الصحابي: مضت السنة. ينصرف إلى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فأما من روى أنهم كانوا اثني عشر رجلا، فلا يصح؛ فإن ما رويناه أصح منه رواه أصحاب السنن. والخبر الآخر يحتمل أنهم عادوا فحضروا القدر الواجب، ويحتمل أنهم عادوا قبل طول الفصل.

فأما الثلاثة والأربعة فتحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه، فإن التقديرات بابها التوقيف، فلا مدخل للرأي فيها، ولا معنى لاشتراط كونه جمعا، ولا للزيادة على الجمع، إذ لا نص في هذا ولا معنى نص، ولو كان الجمع كافيا فيه، لاكتفي بالاثنين، فإن الجماعة تنعقد بهما. (١٣٣٨)

فصل: فأما الاستيطان، فهو شرط في قول أكثر أهل العلم.

وهو الإقامة في قرية، على الأوصاف المذكورة، لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء، ولا تجب على مسافر

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٦

ولا على مقيم في قرية يظعن أهلها عنها في الشتاء دون". (١)

٦٧. ٦٧-"جمعة الإمام، فهي صحيحة تقدمت أو تأخرت، والأخرى باطلة، لأن في الحكم ببطلان جمعة الإمام افتياتا عليه، وتفويتا له الجمعة ولمن يصلي معه، ويفضي إلى أنه متى شاء أربعون أن يفسدوا صلاة أهل البلد أمكنهم ذلك، بأن يجتمعوا في موضع، ويسبقوا أهل البلد بصلاة الجمعة

وقيل: السابقة هي الصحيحة، لأنها لم يتقدمها ما يفسدها، ولا تفسد بعد صحتها بما بعدها. والأول أصح، لما ذكرنا. وإن كانت إحداهما في المسجد الجامع والأخرى في مكان صغير لا يسع المصلين، أو لا يمكنهم الصلاة فيه؛ لاختصاص السلطان وجنده به، أو غير ذلك، أو كان أحدهما في قصبة البلد، والآخر في أقصى المدينة، كان من وجدت فيه هذه المعاني صلاتهم صحيحة دون الأخرى.

وهذا قول مالك؛ فإنه قال: لا أرى الجمعة إلا لأهل القصبة؛ وذلك لأن لهذه المعاني مزية تقتضي التقديم، فقدم بها، كجمعة الإمام.

ويحتمل أن تصح السابقة منهما دون الأخرى، لأن إذن الإمام آكد، ولذلك اشترط في إحدى الروايتين. وإن لم يكن لإحداهما مزية، لكونهما جميعا مأذونا فيهما، أو غير مأذون في واحدة منهما، وتساوى المكانان في إمكان إقامة الجمعة في كل واحد منهما، فالسابقة هي الصحيحة؛ لأنها وقعت بشروطها، ولم يزاحمها ما يبطلها، ولا سبقها ما يغني عنها، والثانية باطلة؛ لكونها واقعة في مصر أقيمت فيه جمعة صحيحة، تغني عما سواها

ويعتبر السبق بالإحرام؛ لأنه متى أحرم بإحداهما حرم الإحرام بغيرها؛ للغنى عنها، فإن وقع الإحرام بهما معا فهما باطلتان معا؛ لأنه لا يمكن صحتهما معا، وليست إحداهما بالفساد أولى من الأخرى، فبطلتا كالمتزوج أختين، أو إذا زوج الوليان رجلين. وإن لم تعلم الأولى منهما، أو لم يعلم كيفية وقوعهما، بطلتا أيضا؛ لأن إحداهما باطلة، ولم تعلم بعينها، وليست إحداهما بالإبطال أولى من الأخرى، فبطلتا كالمسألتين.

ثم إن علمنا فساد الجمعتين لوقوعهما معا، وجب إعادة الجمعة إن أمكن ذلك، لبقاء الوقت، لأنه مصر ما أقيمت فيه جمعة صحيحة، والوقت متسع لإقامتها فلزمتهم، كما لو لم يصلوا شيئا.

وإن تيقنا صحة إحداهما لا بعينها، فليس لهم أن يصلوا إلا ظهرا، لأنه مصر تيقنا سقوط فرض الجمعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٤

فيه بالأولى منهما، فلم تجز إقامة الجمعة فيه، كما لو علمناها وقال القاضي: يحتمل أن لهم إقامة جمعة أخرى؛ لأننا حكمنا بفسادهما معا، فكأن المصر ما صليت فيه جمعة صحيحة.

والصحيح الأول؛ لأن الصحيحة لم تفسد، وإنما لم يمكن إثبات حكم الصحة لها بعينها؛ لجهلها، فيصير هذا كما لو زوج الوليان أحدهما قبل الآخر، وجهل السابق منهما، فإنه لا يثبت حكم الصحة بالنسبة إلى واحد بعينه، وثبت حكم النكاح في حق المرأة، بحيث لا يحل لها أن تنكح زوجا آخر فأما إن جهلنا كيفية وقوعهما، فالأولى أن لا يجوز إقامة الجمعة أيضا، لأن الظاهر صحة إحداهما، لأن وقوعهما معا - بحيث لا يسبق إحرام إحداهما الأخرى - بعيد جدا، وما كان في غاية الندرة فحكمه حكم المعدوم، ولأننا شككنا في شرط إقامة الجمعة، فلم يجز إقامتها مع". (١)

٦٨. ٦٨-"في استحقاقه، كما لو يحجر مواتا، أو سبق إليه، ثم آثر غيره به.

وقال ابن عقيل نحو ذلك؛ لأن القائم أسقط حقه بالقيام، فبقي على الأصل، فكان السابق إليه أحق به، كمن وسع لرجل في طريق، فمر غيره، وما قلنا أصح، ويفارق التوسعة في الطريق، لأنها إنما جعلت للمرور فيها، فمن انتقل من مكان فيها لم يبق له فيه حق يؤثر به، وليس كذلك المسجد، فإنه للإقامة فيه، ولا يسقط حق المنتقل من مكانه إذا انتقل لحاجة، وهذا إنما انتقل مؤثرا لغيره، فأشبه النائب الذي بعثه إنسان ليجلس في موضع يحفظه له.

ولو كان الجالس مملوكا، لم يكن لسيده أن يقيمه؛ لعموم الخبر، ولأن هذا ليس بمال، وهو حق ديني، فاستوى هو وسيده فيه، كالحقوق الدينية كلها، والله أعلم.

[فصل إن فرش مصلى له في مكان]

(١٣٧٣) فصل: وإن فرش مصلى له في مكان، ففيه وجهان: أحدهما، يجوز رفعه، والجلوس في موضعه، لأنه لا حرمة له، ولأن السبق بالأجسام، لا بالأوطئة والمصليات، ولأن تركه يفضي إلى أن صاحبه يتأخر، ثم يتخطى رقاب المصلين، ورفعه ينفي ذلك والثاني: لا يجوز؛ لأن؛ فيه افتياتا على صاحبه، ربما أفضى إلى الخصومة، ولأنه سبق إليه، فكان كمحتجر الموات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٩

[فصل يستحب الدنو من الإمام يوم الجمعة]

(١٣٧٤) فصل: ويستحب الدنو من الإمام؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من غسل واغتسل، وبكر، وابتكر، ومشى ولم يركب، ودنا من الإمام فاستمع، ولم يلغ، كان له بكل خطوة عمل سنة، أجر صيامها وقيامها» . رواه أبو داود، والنسائي، والترمذي، وابن ماجه. وهذا لفظه.

وعن سمرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «احضروا الذكر، وادنوا من الإمام، فإن الرجل لا يزال يتباعد حتى يؤخر في الجنة، وإن دخلها» رواه أبو داود، ولأنه أمكن له من السماع.

[فصل الصلاة في المقصورة]

(١٣٧٥) فصل: وتكره الصلاة في المقصورة التي تحمى نص عليه أحمد، وروي عن ابن عمر أنه كان إذا حضرت الصلاة، وهو في المقصورة، خرج. وكرهه الأحنف، وابن محيريز، والشعبي، وإسحاق ورخص فيها أنس، والحسن، والحسين، والقاسم، وسالم، ونافع، لأنه مكان من الجامع، فلم تكره الصلاة فيه، كسائر المسجد.

ووجه الأول، أنه يمنع الناس من الصلاة فيه، كالمغصوب، فكره لذلك فأما إن كانت لا تحمى،". (١)

٦٩. ٦٩-"كان بينهم أكثر من فرسخ لم يجب عليهم السعي إليه، وحالهم معتبر بأنفسهم، فإن كانوا أربعين واجتمعت فيهم شرائط الجمعة، فعليهم إقامتها، وهم مخيرون بين السعي إلى المصر، وبين إقامتها في قريتهم، والأفضل إقامتها؛ لأنه متى سعى بعضهم أخل على الباقين الجمعة، وإذا أقاموا حضرها جميعهم، وفي إقامتها بموضعهم تكثير جماعات المسلمين.

وإن كانوا ممن لا تجب عليهم الجمعة بأنفسهم فهم مخيرون بين السعي إليها، وبين أن يصلوا ظهرا، والأفضل السعي إليها، لينال فضل الساعي إلى الجمعة ويخرج من الخلاف. والحال الثاني، أن يكون بينهم وبين المصر فرسخ فما دون، فينظر فيهم، فإن كانوا أقل من أربعين فعليهم السعي إلى الجمعة، لما قدمنا.

وإن كانوا ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم، وكان موضع الجمعة القريب منهم قرية أخرى، لم يلزمهم السعي إليها، وصلوا في مكانهم، إذ ليست إحدى القريتين بأولى من الأخرى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦١

وإن أحبوا السعي إليها، جاز، والأفضل أن يصلوا في مكانهم، كما ذكرنا من قبل. فإن سعى بعضهم فنقص عدد الباقين، لزمهم السعي؛ لئلا يؤدي إلى ترك الجمعة ممن تجب عليه. وإن كان موضع الجمعة القريب مصرا، فهم مخيرون أيضا بين السعي إلى المصر، وبين إقامة الجمعة في مكانهم، كالتي قبلها. ذكره ابن عقيل. وعن أحمد، أن السعي يلزمهم، إلا أن يكون لهم عذر فيصلون جمعة. والأول **أصح**؛ لأن أهل القرية لا تنعقد بهم جمعة أهل المصر، فكان لهم إقامة الجمعة في مكانهم، كما لو سمعوا النداء من قرية أخرى، ولأن أهل القرى يقيمون الجمع في بلاد الإسلام، وإن كانوا قريبا من المصر، من غير نكير.

[فصل صلاة الجمعة بأقل من الأربعين]

(١٣٨٥) فصل: وإذا كان أهل المصر دون الأربعين، فجاءهم أهل القرية، فأقاموا الجمعة في المصر، لم يصح؛ لأن أهل القرية غير مستوطنين في المصر، وأهل المصر لا تنعقد بهم الجمعة لقلتهم. وإن كان أهل القرية ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم لزم أهل المصر السعي إليهم، لأنهم ممن بينه وبين موضع الجمعة أقل من فرسخ، فلزمهم السعي إليها، كما يلزم أهل القرية السعي إلى المصر إذا أقيمت به وكان أهل القرية دون الأربعين.

وإن كان في كل واحد منهما دون الأربعين، لم يجز إقامة الجمعة في واحد منهما.

[فصل من تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها]

(١٣٨٦) فصل: ومن تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة يجوز.

وسئل الأوزاعي عن مسافر يسمع أذان الجمعة، وقد أسرج دابته، فقال: ليمض في سفره؛ لأن عمر - رضي الله عنه - قال: الجمعة لا تحبس عن سفر. ولنا، ما روى ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من سافر من دار إقامة يوم الجمعة دعت عليه الملائكة، لا يصحب في سفره، ولا يعان على حاجته» رواه الدارقطني في الأفراد.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦٨

٧٠. ٧٠-"[مسألة إذا فرغ الغاسل من غسل الميت نشفه بثوب]

(١٥١٦) مسألة؛ قال: (وينشفه بثوب، ويجمر أكفانه) وجملته أنه إذا فرغ الغاسل من غسل الميت، نشفه بثوب لئلا يبل أكفانه، وفي حديث أم سليم: " فإذا فرغت منها، فألقي عليها ثوبا نظيفا ". وذكر القاضي في حديث ابن عباس، في غسل النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: فجففوه بثوب. ومعنى تجمير أكفانه تبخيرها بالعود، وهو أن يترك العود على النار في مجمر، ثم يبخر به الكفن حتى تعبق رائحته، ويطيب، ويكون ذلك بعد أن يرش عليه ماء الورد، لتعلق الرائحة به.

وقد روي عن جابر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا جمرتم الميت فجمروه ثلاثا» وأوصى أبو سعيد، وابن عمر، وابن عباس أن تجمر أكفانهم بالعود. وقال أبو هريرة: يجمر الميت. ولأن هذا عادة الحي عند غسله، وتجمير ثيابه، أن يجمر بالطيب والعود، فكذلك الميت.

[مسألة يكفن الرجل في ثلاث لفائف بيض]

(١٥١٧) مسألة؛ قال: (ويكفن في ثلاثة أثواب بيض، يدرج فيها إدراجا، ويجعل الحنوط فيما بينها) الأفضل عند إمامنا، - رحمه الله -، أن يكفن الرجل في ثلاث لفائف بيض، ليس فيها قميص ولا عمامة، ولا يزيد عليها ولا ينقص منها. قال الترمذي: والعمل عليها عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم. وهو مذهب الشافعي.

ويستحب كون الكفن أبيض؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كفن في ثلاثة أثواب بيض. ولقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «البسوا من ثيابكم البيض، فإنه أطهر وأطيب، وكفنوا فيه موتاكم» . رواه النسائي. وحكي عن أبي حنيفة، أن المستحب أن يكفن في إزار ورداء وقميص؛ لما روى ابن المغفل، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: كفن في قميصه. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ألبس عبد الله بن أبي قميصه، وكفنه به. رواه النسائي.

ولنا، قول عائشة - رضي الله عنها -: «كفن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ثلاثة أثواب بيض سحولية، ليس فيها قميص ولا عمامة» . متفق عليه. وهو أصح حديث روي في كفن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعائشة أقرب إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وأعرف بأحواله ولهذا لما ذكر لها قول الناس، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كفن في برد، قالت: قد أتي بالبرد، ولكنهم لم يكفنوه فيه، فحفظت ما أغفله غيرها. وقالت أيضا: «أدرج النبي - صلى الله عليه وسلم - في حلة

يمنية كانت لعبد الله بن أبي بكر، ثم نزعت عنه،". (١)

٧١. ٧١-"والقاضي، أن القيام مستحب لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا رأى أحدكم الجنازة فليقم حين يراها، حتى تخلفه» رواه مسلم وقد ذكرنا: أن آخر الأمرين من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ترك القيام لها، والأخذ بالآخر من أمره أولى، فقد روي في حديث «أن يهوديا رأى النبي - صلى الله عليه وسلم - قام للجنازة، فقال: يا محمد: هكذا نصنع. فترك النبي - صلى الله عليه وسلم - القيام لها»

[فصل من يتبع الجنازة استحب له أن لا يجلس حتى توضع]

(١٥٤٥) فصل: ومن يتبع الجنازة استحب له أن لا يجلس حتى توضع، ممن رأى أن لا يجلس حتى توضع عن أعناق الرجال الحسن بن علي وابن عمر، وأبو هريرة، وابن الزبير، والنخعي، والشعبي، والأوزاعي، وإسحاق.

ووجه ذلك ما روى مسلم بإسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع» ورأى الشافعي أن هذا منسوخ بحديث علي ولا يصح؛ لأن قول علي يحتمل ما ذكره إسحاق والسبب الذي ذكرناه فيه، وليس في اللفظ عموم، فيعم الأمرين جميعا، فلم يجز النسخ بأمر محتمل، ولأن قول علي: قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم قعد. يدل على ابتداء فعل القيام، وها هنا إنما وجدت منه الاستدامة، إذا ثبت هذا، فأظهر الروايتين عن أحمد أنه أريد بالوضع وضعها عن أعناق الرجال، وهو قول من ذكرنا من قبل.

وقد روى الثوري الحديث: «إذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع بالأرض» ورواه أبو معاوية «حتى توضع في اللحد» وحديث سفيان أصح. فأما من تقدم الجنازة فلا بأس أن يجلس قبل أن تنتهي إليه. قال الترمذي روي عن بعض أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - أنهم كانوا يتقدمون الجنازة، فيجلسون قبل أن تنتهي إليهم، فإذا جاءت الجنازة لم يقوموا لها. لما تقدم.

[مسألة أحق الناس بالصلاة على الميت]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٤٦

(١٥٤٦) مسألة؛ قال: (وأحق الناس بالصلاة عليه من أوصى له أن يصلي عليه) هذا مذهب أنس، وزيد بن أرقم وأبي برزة، وسعيد بن زيد، وأم سلمة، وابن سيرين وقال الثوري، وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي: الولي أحق، لأنها ولاية تترتب بترتب العصبات، فالولي فيها أولى، كولاية النكاح.
ولنا، إجماع الصحابة، - رضي الله عنهم -، روي أن أبا بكر أوصى أن يصلي عليه عمر قاله أحمد قال:". (١)

٧٢. ٧٢-"وروي
عن علي أنه مر بقوم قد دفنوا ميتا، وبسطوا على قبره الثوب، فجذبه وقال: إنما يصنع هذا بالنساء. وشهد أنس بن مالك دفن أبي زيد الأنصاري فخمر القبر بثوب فقال عبد الله بن أنس: ارفعوا الثوب، إنما يخمر قبر النساء، وأنس شاهد على شفير القبر لا ينكر.
ولأن المرأة عورة، ولا يؤمن أن يبدو منها شيء فيراه الحاضرون، فإن كان الميت رجلا كره ستر قبره. لما ذكرنا.
وكرهه عبد الله بن يزيد ولم يكرهه أصحاب الرأي وأبو ثور والأول أولى؛ لأن فعل علي - رضي الله عنه - وأنس يدل على كراهته، ولأن كشفه أمكن وأبعد من التشبه بالنساء، مع ما فيه من اتباع أصحاب رسول الله. - صلى الله عليه وسلم -

[مسألة أولى الناس بإدخال المرأة قبرها]
(١٥٨٢) مسألة: قال: (ويدخلها محرمها، فإن لم يكن فالنساء، فإن لم يكن فالمشايخ.) لا خلاف بين أهل العلم في أن أولى الناس بإدخال المرأة قبرها محرمها، وهو من كان يحل له النظر إليها في حياتها، ولها السفر معه، وقد روى الخلال بإسناده عن عمر - رضي الله عنه - أنه قام عند منبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين توفيت زينب بنت جحش فقال: ألا إني أرسلت إلى النسوة من يدخلها قبرها فأرسلن من كان يحل له الدخول عليها في حياتها. فرأيت أن قد صدقن. ولما توفيت امرأة عمر قال لأهلها: أنتم أحق بها ولأن محرمها أولى الناس بولايتها في الحياة، فكذلك بعد الموت. وظاهر كلام أحمد أن الأقارب يقدمون على الزوج. قال الخلال: استقامت الرواية عن أبي عبد الله أنه إذا حضر

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٨/٢

الأولياء والزوج، فالأولياء أحب إليه، فإن لم يكن الأولياء فالزوج أحق من الغريب؛ لما ذكرنا من خبر عمر. ولأن الزوج قد زالت زوجيته بموتها، والقرابة باقية.

وقال القاضي: الزوج أحق من الأولياء، لأن أبا بكر أدخل امرأته قبرها دون أقاربها، ولأنه أحق بغسلها منهم، فكان أولى بإدخالها قبرها، كمحل الوفاق، وأيهما قدم فالآخر بعده. فإن لم يكن واحد منهما، فقد روي عن أحمد أنه قال: أحب إلي أن يدخلها النساء؛ لأنه مباح لهن النظر إليها، وهن أحق بغسلها.

وعلى هذا يقدم الأقرب منهن فالأقرب، كما في حق الرجل.

وروي عنه أن النساء لا يستطعن أن يدخلن القبر، ولا يدفن.

وهذا أصح وأحسن؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حين ماتت ابنته أمر أبا طلحة فنزل في قبرها. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «أيكم لم يقارف الليلة؟ قال أبو طلحة: أنا. فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - فنزل فأدخلها قبرها» رواه البخاري ورأى النبي - صلى الله عليه وسلم - النساء في جنازة، فقال: " هل تحملن؟ " قلن: لا. قال: " هل تدلين في من". (١)

٧٣. ٧٣-"- صلى الله عليه وسلم - كبر سبعا، ومعلوم أنه لم يرو أنه قرأ قراءتين.

والأول أصح؛ لأن الثانية وما بعدها جنائز، فيعتبر في الصلاة عليهن شروط الصلاة وواجباتها، كالأولى.

[مسألة موقف الإمام في صلاة الجنازة]

(١٦١١) مسألة: قال: (والإمام يقوم عند صدر الرجل ووسط المرأة) ، لا يختلف المذهب في أن السنة أن يقوم الإمام في صلاة الجنازة حذاء وسط المرأة، وعند صدر الرجل أو عند منكبيه، وإن وقف في غير هذا الموقف خالف سنة الموقف، وأجزأه.

وهذا قول إسحاق، ونحوه قول الشافعي إلا أن بعض أصحابه قال: يقوم عند رأس الرجل. وهو مذهب أبي يوسف، ومحمد؛ لما روي عن أنس «أنه صلى على رجل، فقام عند رأسه، ثم صلى على امرأة فقام حيال وسط السرير، فقال له العلاء بن زياد: هكذا رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٧٤

- قام على الجنازة مقامك منها، ومن الرجل مقامك منه؟ قال: نعم. فلما فرغ، قال: احفظوا» . قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقال أبو حنيفة: يقوم عند صدر الرجل والمرأة؛ لأنهما سواء، فإذا وقف عند صدر الرجل فكذا المرأة.

وقال مالك: يقف من الرجل عند وسطه؛ لأنه يروى مثل هذا عن ابن مسعود، ويقف من المرأة عند منكبيها؛ لأن الوقوف عند أعاليها أمثل وأسلم.

ولنا، ما روى سمرة، قال: «صليت وراء النبي - صلى الله عليه وسلم - على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها» . متفق عليه. وحديث أنس الذي ذكرناه، والمرأة تخالف الرجل في الموقف، فجاز أن تخالفه هاهنا. ولأن قيامه عند وسط المرأة أستر لها من الناس، فكان أولى.

فأما قول من قال: يقف عند رأس الرجل فغير مخالف لقول من قال بالوقوف عند الصدر؛ لأنهما متقاربان، فالواقف عند أحدهما واقف عند الآخر، والله أعلم.

[فصل اجتمع جنائز رجال ونساء]

(١٦١٢) فصل: فإن اجتمع جنائز رجال ونساء، فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما، يسوي بين رءوسهم. وهذا اختيار القاضي، وقول إبراهيم وأهل مكة، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه يروى عن ابن عمر، أنه كان يسوي بين رءوسهم.

وروى سعيد، بإسناده عن الشعبي، أن أم كلثوم بنت علي وابنها زيد بن عمر توفيا جميعا، فأخرجت جنازتاهما، فصلى عليهما أمير المدينة، فسوى بين رءوسهما وأرجلهما حين صلى عليهما

وبإسناده عن حبيب بن أبي ثابت، قال: قدم سعيد بن جبير على أهل مكة، وهم يسوون بين الرجل والمرأة إذا صلي عليهما، فأرادهم على أن يجعلوا رأس المرأة عند وسط الرجل، فأبوا عليه.". (١)

٧٤. ٧٤-"إذا تقرر هذا فإنه إن لم يكن لها مال، فعلى من تلزمه نفقتها من الأقارب، فإن لم يكن ففي بيت المال، كمن لا زوج لها.

[مسألة السقط إذا ولد لأكثر من أربعة أشهر غسل وصلي عليه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٦/٢

(١٦١٧) مسألة: قال: والسقط إذا ولد لأكثر من أربعة أشهر، غسل، وصلي عليه. السقط: الولد تضعه المرأة ميتا، أو لغير تمام، فأما إن خرج حيا واستهل، فإنه يغسل ويصلى عليه، بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الطفل إذا عرفت حياته واستهل صلي عليه. وإن لم يستهل، فقال أحمد: إذا أتى له أربعة أشهر غسل وصلي عليه.

وهذا قول سعيد بن المسيب، وابن سيرين، وإسحاق، وصلى ابن عمر على ابن لابنته ولد ميتا. وقال الحسن، وإبراهيم، والحكم وحماد، ومالك، والأوزاعي وأصحابالرأي: لا يصلى عليه حتى يستهل. وللشافعي قولان كالمذهبين؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الطفل لا يصلى عليه، ولا يرث، ولا يورث، حتى يستهل» رواه الترمذي، ولأنه لم يثبت له حكم الحياة ولا يرث ولا يورث، فلا يصلى عليه، كمن دون أربعة أشهر.

ولنا، ما روى المغيرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «والسقط يصلى عليه» رواه أبو داود والترمذي وفي لفظ رواية الترمذي: (والطفل يصلى عليه) وقال: هذا حديث حسن صحيح،

وذكره أحمد واحتج به، وبحديث أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - قال: ما أحد أحق أن يصلى عليه من الطفل، ولأنه نسمة نفخ فيه الروح فيصلى عليه كالمستهل، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخبر في حديثه الصادق المصدوق، أنه ينفخ فيه الروح لأربعة أشهر. وحديثهم، قال الترمذي: قد اضطرب الناس فيه، فرواه بعضهم موقوفا. قال الترمذي: كأن هذا **أصح** من المرفوع.

وأما الإرث فلأنه لا تعلم حياته حال موت مورثه، وذلك من شرط الإرث. والصلاة من شرطها أن تصادف من كانت فيه حياة، وقد علم ذلك بما ذكرنا من الحديث، ولأن الصلاة عليه دعاء له ولوالديه، وخير، فلا يحتاج فيها إلى الاحتياط واليقين؛ لوجود الحياة، بخلاف الميراث. فأما من لم يأت له أربعة أشهر، فإنه لا يغسل، ولا يصلى عليه، ويلف في خرقة، ويدفن. ولا نعلم فيه خلافا، إلا عن ابن سيرين، فإنه قال: يصلى عليه إذا علم أنه نفخ فيه الروح وحديث الصادق المصدوق يدل على أنه لا ينفخ فيه الروح إلا بعد أربعة أشهر، وقبل ذلك فلا يكون نسمة، فلا يصلى عليه، كالجمادات والدم.

[مسألة إن لم يتبين السقط أذكر هو أم أنثى سمي اسما يصلح للذكر والأنثى]

(١٦١٨) مسألة: قال: (فإن لم يتبين، أذكر هو أم أنثى، سمي اسما يصلح للذكر والأنثى) هذا على سبيل الاستحباب؛ لأنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «سموا أسقاطكم، فإنهم".

(١)

٧٥. ٧٥-"ولا تقربوه طيبا، ويكون الكفن من جميع المال. وقال أحمد في موضع: يصب عليه الماء صبا، ولا يغسل كما يغسل الحلال.

وإنما كره عرك رأسه، ومواضع الشعر، كي لا يتقطع شعره. واختلف عنه في تغطية رجليه، فروى حنبل عنه: لا تغطى رجلاه. وهو الذي ذكره الخرقي. وقال الخلال: لا أعرف هذا في الأحاديث، ولا رواه أحد عن أبي عبد الله غير حنبل، وهو عندي وهم من حنبل، والعمل على أنه يغطى جميع المحرم، إلا رأسه، لأن إحرام الرجل في رأسه، ولا يمنع من تغطية رجليه في حياته، فكذلك في مماته.

واختلفوا عن أحمد في تغطية وجهه، فنقل عنه إسماعيل بن سعيد: لا يغطى وجهه؛ لأن في بعض الحديث: «ولا تخمروا رأسه ولا وجهه» . ونقل عنه سائر أصحابه: لا بأس بتغطية وجهه؛ لحديث ابن عباس الذي رويناه، وهو أصح ما روي فيه، وليس فيه إلا المنع من تغطية الرأس، ولأن إحرام الرجل في رأسه، ولا يمنع من تغطية وجهه في الحياة، فبعد الموت أولى، ولم ير أن يلبس المحرم المخيط بعد موته، كما لا يلبسه في حياته. وإن كان الميت امرأة محرمة، ألبست القميص، وخمرت، كما تفعل ذلك في حياتها، ولم تقرب طيبا؛ لأنه يحرم عليها في حياتها، فكذلك بعد موتها.

[مسألة إن سقط من الميت شيء غسل وجعل معه في أكفانه]

(١٦٤٠) مسألة؛ قال: (وإن سقط من الميت شيء غسل، وجعل معه في أكفانه) وجملته أنه إذا بان من الميت شيء، وهو موجود، غسل، وجعل معه في أكفانه. قاله ابن سيرين، ولا نعلم فيه خلافا، وقد روي عن أسماء، أنها غسلت ابنها، فكانت تنزعه أعضاء، كلما غسلت عضوا طيبته، وجعلته في كفنه. ولأن في ذلك جمع أجزاء الميت في موضع واحد، وهو أولى من تفريقها.

[فصل إن لم يوجد إلا بعض الميت يغسل ويصلى عليه]

(١٦٤١) فصل: فإن لم يوجد إلا بعض الميت، فالمذهب أنه يغسل، ويصلى عليه. وهو قول الشافعي. ونقل ابن منصور عن أحمد، أنه لا يصلى على الجوارح. قال الخلال: ولعله قول قديم لأبي عبد الله، والذي استقر عليه قول أبي عبد الله أنه يصلى على الأعضاء. وقال أبو حنيفة، ومالك: إن وجد

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٩/٢

الأكثر". (١)

٧٦. ٧٦-"ما لم تدل للغروب. فلا. وتجوز الصلاة على الميت في غير هذه الأوقات. روي ذلك عن ابن عمر، وعطاء، والنخعي، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأصحابالرأي.

وحكي عن أحمد أن ذلك جائز. وهو قول للشافعي، قياسا على ما بعد الفجر والعصر. والأول أصح؛ لحديث عقبة بن عامر، ولا يصح القياس على الوقتين الآخرين؛ لأن مدتهما تطول، فيخاف على الميت فيهما، ويشق انتظار خروجهما، بخلاف هذه. وكره أحمد أيضا دفن الميت في هذه الأوقات، لحديث عقبة. فأما الصلاة على القبر والغائب، فلا يجوز في شيء من أوقات النهي؛ لأن علة تجويزها على الميت معللة بالخوف عليه، وقد أمن ذلك هاهنا، فيبقى على أصل المنع، والعمل بعموم النهي

[فصل حكم الدفن ليلا]

(١٦٦٩) فصل: فأما الدفن ليلا، فقال أحمد: وما بأس بذلك. وقال: أبو بكر دفن ليلا، وعلي دفن فاطمة ليلا، وحديث عائشة: كنا سمعنا صوت المساحي من آخر الليل في دفن النبي - صلى الله عليه وسلم -.

وممن دفن ليلا: عثمان، وعائشة، وابن مسعود. ورخص فيه عقبة بن عامر، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وكرهه الحسن؛ لما روى مسلم، في " صحيحه "، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خطب يوما، فذكر رجلا من أصحابه قبض، فكفن في كفن غير طائل، ودفن ليلا، فزجر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يقبر الرجل بالليل إلا أن يضطر الإنسان إلى ذلك» .

وقد روي عن أحمد أنه قال: إليه أذهب.

ولنا، ما روى ابن مسعود، قال: «والله لكأني أسمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في غزوة تبوك، وهو في قبر ذي النجادين، وأبو بكر وعمر، وهو يقول: أدنيا مني أخاكما حتى أسنده في لحده. ثم قال لما فرغ من دفنه، وقام على قبره مستقبل القبلة: اللهم إني أمسيت عنه راضيا، فارض عنه. وكان ذلك ليلا، قال: فوالله لقد رأيتني ولوددت أني مكانه، ولقد أسلمت قبله بخمس عشرة سنة، وأخذه من قبل القبلة.» رواه الخلال، في " جامعه ".

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٠١

وروى ابن عباس «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل قبرا ليلا، فأسرج له سراج، فأخذ من قبل القبلة، وقال: رحمك الله، إن كنت لأواها، تلاء للقرآن.» قال الترمذي: هذا حديث حسن. وروي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «سأل عن رجل، فقال: من هذا؟ قالوا: فلان، دفن البارحة. فصلى عليه» .". (١)

٧٧. ٧٧-"والحر مما يلي الإمام، والمملوك أمام ذلك. فإن اجتمع حر صغير وعبد كبير، قال أحمد، في رواية الحسن بن محمد، في غلام حر وشيخ عبد: يقدم الحر إلى الإمام. هذا اختيار الخلال، وغلط من روى خلاف ذلك، واحتج بقول علي: الحر مما يلي الإمام، والمملوك وراء ذلك.

ونقل أبو الحارث: يقدم أكبرهما إلى الإمام، وهو أصح إن شاء الله تعالى؛ لأنه يقدم في الصف في الصلاة. وقول علي أراد به إذا تساويا في الكبر والصغر، بدليل أنه قال: والكبير مما يلي الإمام، والصغير أمام ذلك.

(١٦٧٦) فصل: فإن كانوا نوعا واحدا، قدم إلى الإمام أفضلهم؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يوم أحد يدفن الاثنين والثلاثة في القبر الواحد، ويقدم أكثرهم أخذا للقرآن.» ولأن الأفضل يقدم في صف المكتوبة، فيقدم هاهنا، كالرجال مع المرأة. وقد دل على الأصل قوله عليه السلام: «ليليني منكم أولوا الأحلام والنهى.» وإن تساووا في الفضل، قدم الأكبر فالأكبر. فإن تساووا قدم السابق. وقال القاضي: يقدم السابق وإن كان صبيا، ولا تقدم المرأة وإن كانت سابقة؛ لموضع الذكورية، فإن تساووا قدم الإمام من شاء منهم، فإن تشاح الأولياء في ذلك أقرع بينهم.

[فصل الصلاة على الجنائز دفعة واحدة]

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في جواز الصلاة على الجنائز، دفعة واحدة، وإن أفرد كل جنازة بصلاة جاز، وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أنه صلى على حمزة مع غيره» . وقال حنبل: صليت مع أبي عبد الله على جنازة امرأة منفوسة، فصلى أبو إسحاق على الأم، واستأمر أبا عبد الله، وقال: صل على ابنتها المولودة أيضا؟ قال أبو عبد الله: لو أنهما وضعا جميعا كانت صلاتهما واحدة، تصير إذا كانت أنثى عن يمين المرأة، وإذا كان ذكرا عن يسارها. وقال بعض أصحابنا : إفراد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٤/٢

كل جنازة بصلاة أفضل، ما لم يريدوا المبادرة.
وظاهر كلام أحمد في هذه الرواية التي ذكرناها، أنه أفضل في الإفراد، وهو ظاهر حال السلف؛ فإنه لم ينقل عنهم ذلك.

[مسألة دفن الجماعة في القبر]
(١٦٧٨) مسألة؛ قال: (وإن دفنوا في قبر يكون الرجل ما يلي القبلة، والمرأة خلفه، والصبي خلفهما، ويجعل بين كل اثنين حاجزا من تراب) وجملته أنه إذا دفن الجماعة في القبر، قدم الأفضل منهم إلى القبلة، ثم الذي يليه في الفضيلة، على حسب تقديمهم إلى الإمام في الصلاة سواء، على ما ذكرنا في المسألة قبل هذه؛ لما روى هشام بن عامر،". (١)

٧٨. ٧٨-"يخرج منها أربع حقاق وخمس بنات لبون، جاز، وإن احتاج إلى تشقيص، كزكاة المائتين، لم يجز؛ لأنه لا يمكنه ذلك إلا بالتشقيص. وقيل: يحتمل أن يجوز، على قياس قول أصحابنا : ويجوز أن يعتق نصفي عبدين في الكفارة. وهذا غير صحيح؛ فإن الشرع لم يرد بالتشقيص في زكاة السائمة إلا من حاجة، ولذلك جعل لها أوقاصا، دفعا للتشقيص عن الواجب فيها، وعدل فيها دون خمس وعشرين من الإبل عن إيجاب الإبل إلى إيجاب الغنم، فلا يجوز القول بتجويزه مع إمكان العدول عنه إلى إيجاب فريضة كاملة.
وإن وجد أحد الفرضين كاملا والآخر ناقصا، لا يمكنه إخراجه إلا بجبران معه، مثل أن يجد في المائتين خمس بنات لبون وثلاث حقاق، تعين أخذ الفريضة الكاملة؛ لأن الجبران بدل يشترط له عدم المبدل.
وإن كانت كل واحدة تحتاج إلى جبران، مثل أن يجد أربع بنات لبون وثلاث حقاق، فهو مخير أيهما شاء أخرج مع الجبران، إن شاء أخرج بنات اللبون وحقة وأخذ بالجبران، وإن شاء أخرج الحقاق وبنت اللبون مع جبرانها. فإن قال: خذوا مني حقة وثلاث بنات لبون مع الجبران. لم يجز؛ لأنه يعدل عن الفرض مع وجوده إلى الجبران.
ويحتمل الجواز؛ لأنه لا بد من الجبران. وإن لم يوجد إلا حقة وأربع بنات لبون، أداها وأخذ الجبران، ولم يكن له دفع ثلاث بنات لبون مع الجبران، في أصح الوجهين. وإن كان الفرضان معدومين، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٩

معيبين، فله العدول عنهما مع الجبران، فإن شاء أخرج أربع جذعات وأخذ ثماني شياه أو ثمانين درهما، وإن شاء دفع خمس بنات مخاض ومعها عشر شياه أو مائة درهم.
وإن أحب أن ينقل عن الحقاق إلى بنات المخاض، أو عن بنات اللبون إلى الجذاع، لم يجز؛ لأن الحقاق وبنات اللبون منصوص عليهن في هذا المال، فلا يصعد إلى الحقاق بجبران، ولا ينزل إلى بنات اللبون بجبران.

[مسألة وجبت عليه حقة وليست عنده]

(١٧٠٢) مسألة: قال: (ومن وجبت عليه حقة وليست عنده، وعنده ابنة لبون، أخذت منه ومعها شاتان أو عشرون درهما، ومن وجبت عليه ابنة لبون، وليست عنده، وعنده حقة، أخذت منه وأعطي الجبران شاتين أو عشرين درهما) المذهب في هذا أنه متى وجبت عليه سن وليست عنده، فله أن يخرج سنا أعلى منها، ويأخذ شاتين أو عشرين درهما، أو سنا أنزل منها ومعها شاتين أو عشرين درهما، إلا ابنة مخاض ليس له أن يخرج أنزل منها؛ لأنها أدنى سن تجب في الزكاة، أو جذعة.
فلا يخرج أعلى منها، إلا أن يرضى رب المال بإخراجها لا جبران معها، فتقبل منه. والاختيار في الصعود والنزول، والشياه والدراهم، إلى رب المال. وبهذا قال النخعي، والشافعي، وابن المنذر. واختلف فيه عن إسحاق. وقال الثوري: يخرج شاتين أو عشرة دراهم؛ لأن الشاة في الشرع متقومة بخمسة دراهم، بدليل أن نصابها أربعون،". (١)

٧٩. ٧٩-"فيدخل في مطلق الخبر. وعنه لا زكاة فيها.
وهي **أصح**، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن اسم البقر عند الإطلاق لا ينصرف إليها، ولا يفهم منه، إذا كانت لا تسمى بقرا بدون الإضافة، فيقال: بقر الوحش. ولأن وجود نصاب منها موصوفا بصفة السوم حولا لا وجود له، ولأنها حيوان لا يجزئ نوعه في الأضحية والهدي، فلا تجب فيه الزكاة، كالظباء، ولأنها ليست من بهيمة الأنعام، فلا تجب فيها الزكاة، كسائر الوحوش، وسر ذلك أن الزكاة إنما وجبت في بهيمة الأنعام دون غيرها، لكثرة النماء فيها من درها ونسلها، وكثرة الانتفاع بها، لكثرتها وخفة مئونتها، وهذا المعنى يختص بها، فاختصت الزكاة بها دون غيرها، ولا تجب الزكاة في الظباء، رواية

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٨

واحدة؛ لعدم تناول اسم الغنم لها.

[فصل الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي]

(١٧١٣) فصل: قال أصحابنا : تجب الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي، سواء كانت الوحشية الفحول أو الأمهات. وقال مالك، وأبو حنيفة: إن كانت الأمهات أهلية وجبت الزكاة فيها، وإلا فلا؛ لأن ولد البهيمة يتبع أمه. وقال الشافعي: لا زكاة فيها؛ لأنها متولدة من وحشي، أشبه المتولد من وحشيين. واحتج أصحابنا بأنها متولدة بين ما تجب فيه الزكاة، وما لا تجب فيه، فوجبت فيها الزكاة، كالمتولدة بين سائمة ومعلوفة.

وزعم بعضهم أن غنم مكة متولدة من الظباء والغنم، وفيها الزكاة بالاتفاق، فعلى هذا القول تضم إلى جنسها من الأهلي في وجوب الزكاة، وتكمل بها نصابه، وتكون كأحد أنواعه، والقول بانتفاء الزكاة فيها **أصح**؛ لأن الأصل انتفاء الوجوب، وإنما ثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص في هذه ولا إجماع، إنما هو في بهيمة الأنعام من الأزواج الثمانية، وليست هذه داخلة في أجناسها، ولا حكمها، ولا حقيقتها، ولا معناها.

فإن المتولد بين شيئين ينفرد باسمه وجنسه وحكمه عنهما، كالبغل المتولد بين الفرس والحمار، والسبع المتولد بين الذئب والضبع، والعسبار المتولد بين الضبعان والذئبة، فكذلك المتولد بين الظباء والمعز ليس بمعز ولا ظبي، ولا يتناوله نصوص الشارع، ولا يمكن قياسه عليها، لتباعد ما بينهما، واختلاف حكمهما، في كونه لا يجزئ في هدي ولا أضحية ولا دية، ولو أسلم في الغنم لم يتناوله العقد، ولو وكل وكيلا في شراء شاة، لم يدخل في الوكالة، ولا يحصل منه ما يحصل من الشياه؛ من الدر، وكثرة النسل، بل الظاهر أنه لا ينسل له أصلا، فإن المتولد بين ثنتين لا نسل له كالبغال، وما لا نسل له لا در فيه، فامتنع". (١)

٨٠. ٨٠-"وواحدة، فليس فيها شيء، حتى تبلغ أربعمائة شاة، ففيها أربع شياه ". وهذا نص لا يجوز خلافه إلا بمثله أو أقوى منه، وتحديد النصاب لاستقرار الفريضة، لا للغاية، والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٥

[مسألة لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار]

(١٧١٦) مسألة: قال: (ولا يؤخذ في الصدقة تيس، ولا هرمة، ولا ذات عوار) ذات العوار: المعيبة. وهذه الثلاث لا تؤخذ لدناءتها، فإن الله تعالى قال: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولا يخرج في الصدقة هرمة، ولا ذات عوار، ولا تيس، إلا ما شاء المصدق» . وقد قيل: لا يؤخذ تيس الغنم، وهو فحلها لفضيلته.

وكان أبو عبيد يروي الحديث: " إلا ما شاء المصدق ". بفتح الدال. يعني صاحب المال، فعلى هذا يكون الاستثناء في الحديث راجعا إلى التيس وحده. وذكر الخطابي أن جميع الرواة يخالفونه في هذا، فيروونه: " المصدق " بكسر الدال، أي العامل. وقال: التيس لا يؤخذ؛ لنقصه، وفساد لحمه، وكونه ذكرا، وعلى هذا لا يأخذ المصدق، وهو الساعي، أحد هذه الثلاثة، إلا أن يرى ذلك، بأن يكون جميع النصاب من جنسه فيكون له أن يأخذ من جنس المال فيأخذ هرمة، وهي الكبيرة من الهرمات، وذات عوار من أمثالها، وتيسا من التيوس.

وقال مالك والشافعي إن رأى المصدق أن أخذ هذه الثلاثة خير له، وأنفع للفقراء، فله أخذه؛ لظاهر الاستثناء. ولا يختلف المذهب أنه ليس له أخذ الذكر في شيء من الزكاة، إذا كان في النصاب إناث، في غير أتبعة البقر وابن اللبون، بدلا عن بنت مخاض إذا عدمها. وقال أبو حنيفة: يجوز إخراج الذكر من الغنم الإناث؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «في أربعين شاة شاة» . ولفظ الشاة يقع على الذكر والأنثى، ولأن الشاة إذا أمر بها مطلقا، أجزأ فيها الذكر، كالأضحية والهدي.

ولنا، أنه حيوان تجب الزكاة في عينه، فكانت الأنوثة معتبرة في فرضه، كالإبل، والمطلق يتقيد بالقياس على سائر النصب، والأضحية غير معتبرة بالمال، بخلاف مسألتنا. فإن قيل: فما فائدة تخصيص التيس بالنهي إذا؟ قلنا: لأنه لا يؤخذ عن الذكور أيضا، فلو ملك أربعين ذكرا وفيها تيس معد للضراب، لم يجز أخذه؛ إما لفضيلته، فإنه لا يعد للضراب إلا أفضل الغنم وأعظمها، وإما لدناءته وفساد لحمه. ويجوز أن يمنع من أخذه للمعنيين جميعا. وإن كان النصاب كله ذكورا، جاز إخراج الذكر في الغنم وجها واحدا، وفي البقر في أصح الوجهين، وفي الإبل وجهان.

والفرق بين النصب الثلاثة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نص على الأنثى في فرائض الإبل والبقر، وأطلق الشاة الواجبة، وقال في الإبل «من لم يجد بنت مخاض، أخرج ابن لبون ذكرا» . ومن حيث المعنى أن الإبل يتغير فرضها بزيادة السن، فإذا جوزنا إخراج الذكر أفضى إلى التسوية بين

الفريضتين؛ لأنه يخرج ابن لبون عن خمس وعشرين، ويخرجه عن ستة وثلاثين، وهذا المعنى يختص الإبل.

فإن قيل: فالبقر أيضا يأخذ منها تبيعا عن ثلاثين، وتبيعا عن أربعين إذا كانت أتبعة كلها، وقلنا: تؤخذ الصغيرة". (١)

٨١. ٨١-"في النصاب وهو سبب، فضمه إليه في الحول الذي هو شرط أولى.

وبيان ذلك أنه لو كان عنده مائتا درهم، مضى عليها نصف الحول، فوهب له مائة أخرى، فإن الزكاة تجب فيها إذا تم حولها، بغير خلاف، ولولا المائتان ما وجب فيها شيء، فإذا ضمت إلى المائتين في أصل الوجوب فكذلك في وقته، ولأن إفراده بالحول يفضي إلى تشقيص الواجب في السائمة، واختلاف أوقات الواجب، والحاجة إلى ضبط مواقيت التملك، ومعرفة قدر الواجب في كل جزء ملكه، ووجوب القدر اليسير الذي لا يتمكن من إخراجه، ثم يتكرر ذلك في كل حول ووقت، وهذا حرج مدفوع بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] .

وقد اعتبر الشرع ذلك بإيجاب غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الإبل، وجعل الأوقاص في السائمة، وضم الأرباح والنتاج إلى حول أصلها مقرونا بدفع هذه المفسدة، فيدل على أنه علة لذلك، فيجب تعدية الحكم إلى محل النزاع. وقال مالك كقوله في السائمة؛ دفعا للتشقيص في الواجب، وكقولنا في الأثمان؛ لعدم ذلك فيها. ولنا، حديث عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» .

وروى الترمذي، عن ابن عمر، أنه قال: من استفاد مالا، فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول. وروي مرفوعا عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إلا أن الترمذي قال: الموقوف أصح، وإنما رفعه عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم، وهو ضعيف. وقد روي عن أبي بكر الصديق وعلي وابن عمر وعائشة وعطاء وعمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي أنه لا زكاة في المستفاد حتى يحول عليه الحول.

ولأنه مملوك أصلا، فيعتبر فيه الحول شرطا، كالمستفاد من غير الجنس، ولا تشبه هذه الأموال الزروع والثمار، لأنها تتكامل ثمارها دفعة واحدة، ولهذا لا تتكرر الزكاة فيها، وهذه نماؤها بنقلها، فاحتاجت إلى الحول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٨/٢

وأما الأرباح والنتاج، فإنما ضمت إلى أصلها؛ لأنها تبع له، ومتولدة منه، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، وإن سلمنا أن علة ضمها، ما ذكروه من الحرج، فلا يوجد ذلك في مسألتنا؛ لأن الأرباح تكثر وتتكرر في الأيام والساعات، ويعسر ضبطها، وكذلك النتاج، وقد يوجد ولا يشعر به، فالمشقة فيه أتم، لكثرة تكرره، بخلاف هذه الأسباب المستقلة، فإن الميراث والاغتنام والاتهاب ونحو ذلك يندر ولا يتكرر، فلا يشق ذلك فيه، وإن شق فهو دون المشقة في الأرباح والنتاج، فيمتنع قياسه عليه.

واليسر فيما ذكرنا أكثر؛ لأن الإنسان يتخير بين التأخير والتعجيل، وما ذكروه". (١)

٨٢. ٨٢-"[فصل دفع الزكاة إلى الكبير والصغير]

(١٧٦٥) فصل: ويجوز دفع الزكاة إلى الكبير والصغير، سواء أكل الطعام أو لم يأكل. قال أحمد يجوز أن يعطي زكاته في أجر رضاع لقيط غيره، هو فقير من الفقراء. وعنه: لا يجوز دفعها إلا إلى من أكل الطعام. قال المروذي: كان أبو عبد الله لا يرى أن يعطى الصغير من الزكاة، إلا أن يطعم الطعام. والأول أصح؛ لأنه فقير، فجاز الدفع إليه، كالذي طعم، ولأنه يحتاج إلى الزكاة لأجر رضاعه وكسوته وسائر حوائجه، فيدخل في عموم النصوص، ويدفع الزكاة إلى وليه؛ لأنه يقبض حقوقه، وهذا من حقوقه. فإن لم يكن له ولي دفعها إلى من يعنى بأمره، ويقوم به من أمه أو غيرها. نص عليه أحمد وكذلك المجنون، قال هارون الحمال: قلت لأحمد فكيف يصنع بالصغار؟ قال: يعطى أولياؤهم. فقلت: ليس لهم ولي، قال: فيعطى من يعنى بأمرهم من الكبار فرخص في ذلك. وقال مهنا: سألت أبا عبد الله يعطى من الزكاة المجنون، والذاهب عقله؟ قال: نعم. قلت: من يقبضها له؟ قال: وليه. قلت: ليس له ولي؟ قال الذي يقوم عليه. وإن دفعها إلى الصبي العاقل، فظاهر كلام أحمد أنه يجزئه.

قال المروذي قلت لأحمد يعطى غلام يتيم من الزكاة؟ قال: نعم. قلت: فإني أخاف أن يضيعه. قال: يدفعه إلى من يقوم بأمره. وقد روى الدارقطني، بإسناده عن أبي جحيفة، قال: «بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فينا ساعيا، فأخذ الصدقة من أغنيائنا فردها في فقرائنا» وكنت غلاما يتيما لا مال لي، فأعطاني قلوصا.

[فصل دفع الزكاة إلى من يظنه فقيرا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٩

(١٧٦٦) فصل: وإذا دفع الزكاة إلى من يظنه فقيرا، لم يحتج إلى إعلامه أنها زكاة. قال الحسن أتريد أن تقرعه، لا تخبره؟ وقال أحمد بن الحسين: قلت لأحمد: يدفع الرجل الزكاة إلى الرجل، فيقول: هذا من الزكاة. أو يسكت؟ قال: ولم يبكته بهذا القول؟ يعطيه ويسكت، وما حاجته إلى أن يقرعه؟ .

[مسألة لا يعطى من الصدقة المفروضة للوالدين]

(١٧٦٧) مسألة: قال: (ولا يعطى من الصدقة المفروضة للوالدين، وإن علوا، ولا للولد، وإن سفل) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الزكاة لا يجوز دفعها إلى الوالدين، في الحال التي يجبر الدافع إليهم على النفقة عليهم، ولأن دفع زكاته إليهم تغنيهم عن نفقته، وتسقطها عنه، ويعود نفعها إليه، فكأنه دفعها إلى نفسه، فلم تجز، كما لو قضى بها دينه، وقول الخرقي " للوالدين " يعني الأب والأم. وقوله: " وإن علوا " يعني آباءهما وأمهاتهما، وإن ارتفعت درجتهم من الدافع، كأبوي الأب، وأبوي". (١)

٨٣. ٨٣-"والأول أصح؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠] . " وإنما " للحصر والإثبات، تثبت المذكور، وتنفي ما عداه، والخبر المذكور.

قال أبو داود: سمعت أحمد، وسئل: يكفن الميت من الزكاة؟ قال: لا، ولا يقضى من الزكاة دين الميت. وإنما لم يجز دفعها في قضاء دين الميت؛ لأن الغارم هو الميت ولا يمكن الدفع إليه، وإن دفعها إلى غريمه صار الدفع إلى الغريم لا إلى الغارم. وقال أيضا: يقضى من الزكاة دين الحي، ولا يقضى منها دين الميت؛ لأن الميت لا يكون غارما. قيل: فإنما يعطي أهله.

قال: إن كانت على أهله فنعم.

[فصل إذا أعطى الزكاة لمن يظنه فقيرا فبان غنيا]

(١٧٩١) فصل: وإذا أعطى من يظنه فقيرا فبان غنيا. فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما، يجزئه. اختارها أبو بكر. وهذا قول الحسن وأبي عبيد وأبي حنيفة «؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى الرجلين الجلدين، وقال: إن شئتما أعطيتكما منها، ولا حظ فيها لغني، ولا لقوي مكتسب» .

وقال للرجل الذي سأله الصدقة «إن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» . ولو اعتبر حقيقة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٨٢

الغنى لما اكتفى بقولهم. وروى أبو هريرة، عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «قال رجل لأتصدقن بصدقة، فخرج بصدقته، فوضعها في يد غني، فأصبحوا يتحدثون: تصدق على غني فأتي فقيل له: أما صدقتك فقد قبلت، لعل الغني أن يعتبر فينفق مما أعطاه الله» . متفق عليه.

والرواية الثانية، لا يجزئه؛ لأنه دفع الواجب إلى غير مستحقه، فلم يخرج من عهدته، كما لو دفعها إلى كافر، أو ذي قرابته، وكديون الآدميين. وهذا قول الثوري والحسن بن صالح وأبي يوسف وابن المنذر وللشافعي قولان كالروايتين.

فأما إن بان الآخذ عبدا، أو كافرا، أو هاشميا، أو قرابة للمعطي ممن لا يجوز الدفع إليه، لم يجزه، رواية واحدة؛ لأنه ليس بمستحق، ولا تخفى حاله غالبا، فلم يجزه الدفع إليه، كديون الآدميين، وفارق من بان غنيا؛ بأن الفقر والغنى مما يعسر الاطلاع عليه والمعرفة بحقيقته، قال الله تعالى: ﴿يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم﴾ [البقرة: ٢٧٣] .

فاكتفى بظهور الفقر، ودعواه بخلاف غيره.

[مسألة الرجل إذا تولى إخراج زكاته بنفسه سقط حق العامل منها]

(١٧٩٢) مسألة: قال: (إلا أن يتولى الرجل إخراجها بنفسه، فيسقط العامل) وجملته أن الرجل إذا تولى إخراج زكاته بنفسه، سقط حق العامل منها؛ لأنه إنما يأخذ أجرا لعمله، فإذا لم يعمل فيها شيئا فلا حق له، فيسقط، وتبقى سبعة أصناف، إن وجد جميعهم أعطاهم، وإن وجد بعضهم اكتفى بعطيته، وإن أعطى البعض مع إمكان عطية الجميع، جاز أيضا. .

[مسألة أعطى الزكاة كلها في صنف واحد]

(١٧٩٣) مسألة: قال: (وإن أعطاها كلها في صنف واحد، أجزأه إذا لم يخرجه إلى الغنى)". (١)

٨٤. ٨٤-"[فصل إذا حال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع دون الموجود]

(١٨٠٧) فصل: وإذا حال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع، دون الموجود؛ لأنه الذي وجبت الزكاة بسببه، ولولاه لم تجب في هذا زكاة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٨

[فصل لم يقصد بالبيع ولا بالتنقيص الفرار من الزكاة]

فصل: فإن لم يقصد بالبيع ولا بالتنقيص الفرار، انقطع الحول، واستأنف بما استبدل به حولا، إن كان محلا للزكاة فإن وجد بالثاني عيبا، فرده أو باعه بشرط الخيار، ثم استرده، استأنف أيضا حولا؛ لزوال ملكه بالبيع، قل الزمان أو كثر، وقد ذكر الخرقي هذا في موضع آخر، فقال: والماشية إذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت، استقبل البائع بها حولا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري؛ لأنه تجديد ملك.

وإن حال الحول على النصاب الذي اشتراه وجبت فيه الزكاة، فإن وجد به عيبا قبل إخراج زكاته فله الرد، سواء قلنا الزكاة تتعلق بالعين، أو بالذمة؛ لما بينا من أن الزكاة لا تجب في العين بمعنى استحقاق الفقراء جزءا منه، بل بمعنى تعلق حق به، كتعلق الأرش بالجاني، فيرد النصاب، وعليه إخراج زكاته من مال آخر. فإن أخرج الزكاة منه، ثم أراد رده، انبنى على المعيب إذا حدث به عيب آخر عند المشتري، هل له رده؟ على روايتين، وانبنى أيضا على تفريق الصفقة، فإن قلنا: يجوز.

جاز الرد هاهنا، وإلا لم يجز. ومتى رده فعليه عوض الشاة المخرجة، تحسب عليه بالحصة من الثمن، والقول قوله في قيمتها مع يمينه، إذا لم تكن بينة؛ لأنها تلفت في يده، فهو أعرف بقيمتها، ولأن القيمة مدعاة عليه، فهو غارم، والقول في الأصول قول الغارم. وفيه وجه آخر، أن القول قول البائع؛ لأنه يغرم الثمن، فيرده.

والأول **أصح**؛ لأن الغارم لثمن الشاة المدعاة هو المشتري. فإن أخرج الزكاة من غير النصاب، فله الرد وجها واحدا. (١٨٠٩) فصل: فإن كان البيع فاسدا، لم ينقطع حول الزكاة في النصاب، وبنى على حوله الأول؛ لأن الملك ما انتقل فيه إلا أن يتعذر رده، فيصير كالمغصوب، على ما مضى.

[فصل التصرف في النصاب الذي وجبت الزكاة فيه بالبيع والهبة]

(١٨١٠) فصل: ويجوز التصرف في النصاب الذي وجبت الزكاة فيه، بالبيع والهبة وأنواع التصرفات، وليس للساعي فسخ البيع. وقال أبو حنيفة تصح، إلا أنه إذا امتنع من أداء الزكاة نقض البيع في قدرها. وقال الشافعي: في صحة البيع قولان؛ أحدهما، لا يصح؛ لأننا إن قلنا إن الزكاة تتعلق بالعين،

فقد باع ما لا يملكه، وإن قلنا تتعلق بالذمة، فقدر الزكاة مرتهن بها، وبيع الرهن غير جائز.". (١)

٨٥. ٨٥-"ولنا، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.» متفق عليه. ومفهومه صحة بيعها إذا بدا صلاحها، وهو عام فيما وجبت فيه الزكاة وغيره. ونهى عن بيع الحب حتى يشتد، وبيع العنب حتى يسود. وهما مما تجب الزكاة فيه. ولأن الزكاة وجبت في الذمة، والمال خال عنها، فصح بيعه، كما لو باع ماله، وعليه دين آدمي، أو زكاة فطر.

وإن تعلقت بالعين، فهو تعلق لا يمنع التصرف في جزء من النصاب، فلم يمنع بيع جميعه، كأرش الجناية. وقولهم: باع ما لا يملكه. لا يصح؛ فإن الملك لم يثبت للفقراء في النصاب، بدليل أن له أداء الزكاة من غيره، ولا يتمكن الفقراء من إلزامه أداء الزكاة منه، وليس برهن، فإن أحكام الرهن غير ثابتة فيه، فإذا تصرف في النصاب ثم أخرج الزكاة من غيره، وإلا كلف إخراجها، وإن لم يكن له كلف تحصيلها، فإن عجز بقيت الزكاة في ذمته، كسائر الديون، ولا يؤخذ من النصاب.

ويحتمل أن يفسخ البيع في قدر الزكاة، وتؤخذ منه، ويرجع البائع عليه بقدرها؛ لأن على الفقراء ضررا في إتمام البيع، وتفويتا لحقوقهم، فوجب فسخه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أصح.

[مسألة الزكاة تجب في الذمة بحلول الحول وإن تلف المال]

(١٨١١) مسألة: قال: (والزكاة تجب في الذمة بحلول الحول وإن تلف المال، فرط أو لم يفرط) هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة: أحدها، أن الزكاة تجب في الذمة. وهو إحدى الروايتين عن أحمد، وأحد قولي الشافعي؛ لأن إخراجها من غير النصاب جائز، فلم تكن واجبة فيه، كزكاة الفطر، ولأنها لو وجبت فيه، لامتنع تصرف المالك فيه، ولتمكن المستحقون من إلزامه أداء الزكاة من عينه، أو ظهر شيء من أحكام ثبوته فيه، ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط، كسقوط أرش الجناية بتلف الجاني. والثانية، أنها تجب في العين.

وهذا القول الثاني للشافعي وهذه الرواية هي الظاهرة عند بعض أصحابنا ؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «في أربعين شاة شاة. وقوله: فيما سقت السماء العشر، وفيما سقي بدالية أو نضح

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٥

نصف العشر» . وغير ذلك من الألفاظ الواردة بحرف " في " وهي للظرفية. وإنما جاز الإخراج من غير النصاب رخصة. وفائدة الخلاف أنها إذا كانت في الذمة، فحال على ماله حولان، لم يؤد زكاتهما، وجب عليه أداؤها لما مضى، ولا تنقص عنه الزكاة في الحول الثاني، وكذلك إن كان أكثر من نصاب، لم تنقص الزكاة،". (١)

٨٦. ٨٦-"العلم.

وقد روى الأثرم، عن سلمة بن صخر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الوسق ستون صاعا» . وروى أبو سعيد، وجابر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك، رواه ابن ماجه.
وأما كون الصاع خمسة أرطال وثلثا ففيه اختلاف ذكرناه في باب الطهارة، وبينا أنه خمسة أرطال وثلث بالعراقي، فيكون مبلغ الخمسة الأوسق ثلاثمائة صاع، وهو ألف وستمائة رطل بالعراقي، والرطل العراقي: مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم، ووزنه بالمثاقيل سبعون مثقالا، ثم زيد في الرطل مثقال آخر، وهو درهم وثلاثة أسباع فصار إحدى وتسعين مثقالا، وكملت زنته بالدراهم مائة وثلاثين درهما، والاعتبار بالأول قبل الزيادة، فيكون الصاع بالرطل الدمشقي، الذي هو ستمائة درهم، رطلا وسبعا، وذلك أوقية وخمسة أسباع أوقية، ومبلغ الخمسة الأوسق بالرطل الدمشقي ثلاثمائة رطل واثنان وأربعون رطلا وعشر أواق وسبع أوقية، وذلك ستة أسباع رطل.

[فصل النصاب معتبر بالكيل]

(١٨٣٦) فصل: والنصاب معتبر بالكيل، فإن الأوساق مكيلة، وإنما نقلت إلى الوزن لتضبط وتحفظ وتنقل، ولذلك تعلق وجوب الزكاة بالمكيلات دون الموزونات، والمكيلات تختلف في الوزن، فمنها الثقيل، كالحنطة والعدس. ومنها الخفيف، كالشعير والذرة، ومنها المتوسط. وقد نص أحمد على أن الصاع خمسة أرطال وثلث من الحنطة وروى جماعة عنه، أنه قال: الصاع وزنته فوجدته خمسة أرطال وثلثي رطل حنطة. وقال حنبل قال: أحمد أخذت الصاع من أبي النضر، وقال أبو النضر: أخذته من ابن أبي ذئب. وقال: هذا صاع النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي يعرف بالمدينة.
قال أبو عبد الله، فأخذنا العدس، فعيرنا به، وهو أصلح ما يكال به، لأنه لا يتجافى عن مواضعه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٦

فكلنا به ووزناه، فإذا هو خمسة أرطال وثلث. وهذا **أصح** ما وقفنا عليه، وما بين لنا من صاع النبي - صلى الله عليه وسلم -.

وقال بعض أهل العلم: أجمع أهل الحرمين على أن مد النبي - صلى الله عليه وسلم - رطل وثلث قمحا من أوسط القمح، فمتى بلغ القمح ألفا وستمائة رطل، ففيه الزكاة. وهذا يدل على أنهم قدروا الصاع بالثقيل، فأما الخفيف فتجب الزكاة فيه، إذا قارب هذا وإن لم يبلغه. ومتى شك في وجوب الزكاة فيه، ولم يوجد مكيال يقدر به، فالاحتياط الإخراج، وإن لم يخرج فلا حرج؛ لأن الأصل عدم وجوب الزكاة، فلا تجب بالشك.

[فصل متى نقص من النصاب شيئا لم تجب الزكاة]

(١٨٣٧) فصل: قال القاضي: وهذا النصاب معتبر تحديدا، فمتى نقص شيئا، لم تجب الزكاة، لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» . والناقص عنها لم يبلغها، إلا أن يكون نقصا يسيرا". (١)

٨٧. ٨٧-"وأروش الجنايات، وأثمان البياعات، وحلي لمن يريدهما لذلك، فأشبها النوعين، والحديث مخصوص بعرض التجارة، فنقيس عليه. فإذا قلنا بالضم، فإن أحدهما يضم إلى الآخر بالأجزاء، يعني أن كل واحد منهما يحتسب من نصابه، فإذا كملت أجزاؤهما نصابا، وجبت الزكاة، مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما، ونصف نصاب أو أكثر من الآخر، أو ثلث من أحدهما، وثلثان أو أكثر من الآخر. فلو ملك مائة درهم وعشرة دنانير، أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير، أو مائة وعشرين درهما وثمانية دنانير، وجبت الزكاة فيهما.

وإن نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيهما. سئل أحمد، عن رجل عنده ثمانية دنانير ومائة درهم؟ فقال: إنما قال من قال فيها الزكاة، إذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم. وهذا قول مالك، وأبي يوسف، ومحمد، والأوزاعي؛ لأن كل واحد منهما لا تعتبر قيمته في وجوب الزكاة إذا كان منفردا، فلا تعتبر إذا كان عنده عشرة دنانير مضمونة كالحبوب والثمار وأنواع الأجناس كلها.

وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد، في رواية المروذي، أنها تضم بالأحوط من الأجزاء والقيمة. ومعناه

(١) المغني لابن قدامة ١١/٣

أنه يقوم الغالي منهما بقيمة الرخيص، فإذا بلغت قيمتهما بالرخيص منهما نصابا وجبت الزكاة فيهما؛ فلو ملك مائة درهم وتسعة دنانير قيمتها مائة درهم، أو عشرة دنانير وتسعين درهما قيمتها عشرة دنانير، وجبت الزكاة فيها.

وهذا قول أبي حنيفة في تقويم الدنانير بالفضة؛ لأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب إلى الفضة، ضم بالقيمة، كنصاب القطع في السرقة، ولأن أصل الضم لتحصيل حظ الفقراء، فكذلك صفة الضم.

والأول أصح؛ لأن الأثمان تجب الزكاة في أعيانها، فلا تعتبر قيمتها، كما لو انفردت. ويخالف نصاب القطع، فإن نصاب القطع فيه الورق خاصة في إحدى الروايتين، وفي الأخرى أنه لا يجب في الذهب حتى يبلغ ربع دينار. والله أعلم.

[مسألة ما دون العشرين من النقدين لا زكاة فيه]

(١٨٧٩) مسألة: قال: (وكذلك دون العشرين مثقالا) يعني أن ما دون العشرين لا زكاة فيه إلا أن يتم بورق أو عروض تجارة. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الذهب إذا كان عشرين مثقالا قيمتها مائتا درهم، أن الزكاة تجب فيها، إلا ما حكي عن الحسن أنه قال: لا زكاة فيها حتى تبلغ أربعين، وأجمعوا على أنه إذا كان أقل من عشرين مثقالا ولا يبلغ مائتي درهم فلا زكاة فيه.

وقال عامة الفقهاء: نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها، إلا ما حكي عن عطاء، وطاوس، والزهري، وسليمان بن حرب، وأيوب السختياني، أنهم قالوا: هو معتبر بالفضة، فما كان قيمته مائتي درهم، ففيه الزكاة، وإلا فلا؛ لأنه لم يثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - تقدير في نصابه، فثبت أنه حمله على الفضة. ولنا ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب،". (١)

٨٨. ٨٨-"[فصل إخراج أحد النقدين عن الآخر]

(١٨٨٤) فصل: وهل يجوز إخراج أحد النقدين عن الآخر؟ فيه روايتان. نص عليهما؛ إحداهما، لا يجوز. وهو اختيار أبي بكر؛ لأن أنواع الجنس لا يجوز إخراج أحدهما عن الآخر إذا كان أقل في المقدار، فمع اختلاف الجنس أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧/٣

والثانية، يجوز، وهو **أصح**، إن شاء الله؛ لأن المقصود من أحدهما يحصل بإخراج الآخر، فيجزئ، كأنواع الجنس، وذلك لأن المقصود منهما جميعا الثمنية والتوسل بها إلى المقاصد، وهما يشتركان فيه على السواء، فأشبه إخراج المكسرة عن الصحاح، بخلاف سائر الأجناس والأنواع، مما تجب فيه الزكاة، فإن لكل جنس مقصودا مختصا به، لا يحصل من الجنس الآخر، وكذلك أنواعها، فلا يحصل بإخراج غير الواجب من الحكمة ما يحصل بإخراج الواجب، وها هنا المقصود حاصل، فوجب إجزاؤه، إذ لا فائدة باختصاص الإجزاء بعين، مع مساواة غيرها لها في الحكمة

وكون ذلك أرفق بالمعطي والآخذ، وأنفع لهما، ويندفع به الضرر عنهما، فإنه لو تعين إخراج زكاة الدنانير منها، شق على من يملك أقل من أربعين دينارا إخراج جزء من دينار، ويحتاج إلى التشقيص، ومشاركة الفقير له في دينار من ماله، أو بيع أحدهما نصيبه، فيستضر المالك والفقير، وإذا جاز إخراج الدراهم عنها، دفع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب، فيسهل ذلك عليه، وينتفع الفقير من غير كلفة ولا مضرة.

ولأنه إذا دفع إلى الفقير قطعة من الذهب في موضع لا يتعامل بها فيه، أو قطعة من درهم في مكان لا يتعامل بها فيه، لم يقدر على قضاء حاجته بها، وإن أراد بيعها بحسب ما يتعامل بها احتاج إلى كلفة البيع، وربما لا يقدر عليه، ولا يفيده شيئا، وإن أمكن بيعها احتاج إلى كلفة البيع، والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها، فقد دار بين ضررين، وفي جواز إخراج أحدهما عن الآخر نفع محض، ودفع لهذا الضرر، وتحصيل لحكمة الزكاة على التمام والكمال، فلا حاجة ولا وجه لمنعه، وإن توهمت هاهنا منفعة تفوت بذلك، فهي يسيرة مغمورة، فيما يحصل من النفع الظاهر، ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين، فلا يعتبر.

والله أعلم. وعلى هذا لا يجوز الإبدال في موضع يلحق الفقير ضرر، مثل أن يدفع إليه ما لا ينفق عوضا عما ينفق؛ لأنه إذا لم يجز إخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر، فمع غيره أولى. وإن اختار الدفع من الجنس، واختار الفقير الأخذ من غيره؛ لضرر يلحقه في أخذ الجنس، لم يلزم المالك إجابته؛ لأنه إذا أدى ما فرض عليه، لم يكلف سواه. والله أعلم.

[مسألة زكاة حلي المرأة]

(١٨٨٥) مسألة: قال: (وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه أو تعيره) هذا ظاهر المذهب. وروي ذلك عن ابن عمر، وجابر، وأنس، وعائشة، وأسماء - رضي الله عنهم - وبه قال القاسم،

والشعبي، وقتادة، ومحمد بن علي، وعمرة، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد،". (١)

٨٩. ٨٩-"لذلك؛ لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح، أشبه حلي المرأة.

[فصل قليل الحلي وكثيره في الإباحة والزكاة سواء]

(١٨٨٦) فصل وقليل الحلي وكثيره سواء في الإباحة والزكاة. وقال ابن حامد يباح ما لم يبلغ ألف مثقال، فإن بلغها حرم، وفيه الزكاة؛ لما روى أبو عبيد، والأثرم، عن عمرو بن دينار؟ قال: سئل جابر عن الحلي، هل فيه زكاة؟ قال: لا. فقيل له: ألف دينار؟ فقال: إن ذلك لكثير. ولأنه يخرج إلى السرف والخيلاء، ولا يحتاج إليه في الاستعمال، والأول **أصح**؛ لأن الشرع أباح التحلي مطلقا من غير تقييد، فلا يجوز تقييده بالرأي والتحكم، وحديث جابر ليس بصريح في نفي الوجوب.

وإنما يدل على التوقف، ثم قد روي عنه خلافه، فروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزبير، قال: سألت جابر بن عبد الله، عن الحلي فيه زكاة؟ قال: لا. قلت: إن الحلي يكون فيه ألف دينار. قال: وإن كان فيه، يعار ويلبس. ثم إن قول جابر قول صحابي خالفه غيره ممن أباحه مطلقا بغير تقييد، فلا يبقى قوله حجة، والتقييد بالرأي المطلق والتحكم غير جائز.

[فصل إذا انكسر الحلي كسرا لا يمنع الاستعمال واللبس فلا زكاة فيه]

(١٨٨٧) فصل: وإذا انكسر الحلي كسرا لا يمنع الاستعمال واللبس، فهو كالصحيح، لا زكاة فيه، إلا أن ينوي كسره وسبكه، ففيه الزكاة حينئذ، لأنه نوى صرفه عن الاستعمال. وإن كان الكسر يمنع الاستعمال، فقال القاضي: عندي أن فيه الزكاة؛ لأنه كان بمنزلة النقود والتبر.

[فصل وإذا كان الحلي للبس فنوت به المرأة التجارة انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت]

(١٨٨٨) فصل: وإذا كان الحلي للبس، فنوت به المرأة التجارة، انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت؛ لأن الوجوب هو الأصل، وإنما انصرف عنه لعارض الاستعمال، فعاد إلى الأصل بمجرد النية

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤١

من غير استعمال، فهو كما لو نوى بعرض التجارة القنية، انصرف إليه من غير استعمال.". (١)

٩٠. ٩٠-"ولنا، أن ما حرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالملاهي، ويستوي في ذلك الرجال، والنساء؛ لأن المعنى المقتضي للتحريم يعمها، وهو الإفضاء إلى السرف والخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فيستويان في التحريم، وإنما أحل للنساء التحلي لحاجتهن إليه للتزين للأزواج، وليس هذا بموجود في الآنية، فيبقى على التحريم.

إذا ثبت هذا، فإن فيها الزكاة، بغير خلاف بين أهل العلم، ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصابا بالوزن، أو يكون عنده ما يبلغ نصابا بضمها إليه. وإن زادت قيمته لصناعته، فلا عبرة بها؛ لأنها محرمة فلا قيمة لها في الشرع، وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ. وإن أحب كسرها، أخرج ربع عشرها مكسورا، وإن أخرج ربع عشرها مصوغا، جاز؛ لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور. وذكر أبو الخطاب وجها في اعتبار قيمتها. والأول **أصح**، إن شاء الله تعالى.

[فصل كل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه]

(١٨٩٥) فصل: وكل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان، لم تسقط زكاته باتخاذه؛ لأن الأصل وجوب الزكاة فيها، لكونها مخلوقة للتجارة، والتوسل بها إلى غيرها، ولم يوجد ما يمنع ذلك، فبقيت على أصلها. قال أحمد: ما كان على سرج أو لجام، ففيه الزكاة. ونص على حلية الثفر والركاب واللجام، أنه محرم. وقال، في رواية الأثرم: أكره رأس المكحلة فضة. ثم قال: وهذا شيء تأولته. وعلى قياس ما ذكره، حلية الدواة، والمقلمة، والسرج، ونحوه مما على الدابة. ولو موه سقفه بذهب أو فضة، فهو محرم، وفيه الزكاة.

وقال أصحاب الرأي: يباح؛ لأنه تابع للمباح، فيتبعه في الإباحة. ولنا، أن هذا إسراف، ويفضي فعله إلى الخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فحرم، كاتخاذ الآنية، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن التختم بخاتم الذهب للرجل، فتمويه السقف أولى.

وإن صار التمويه الذي في السقف مستهلكا لا يجتمع منه شيء، لم تحرم استدامته؛ لأنه لا فائدة في إتلافه وإزالته، ولا زكاة فيه؛ لأن ماليته ذهبت وإن لم تذهب ماليته، ولم يكن مستهلكا، حرمت

(١) المغني لابن قدامة ٤٣/٣

استدامته. وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز لما ولي، أراد جمع ما في مسجد دمشق مما موه به من الذهب، فقيل له: إنه لا يجتمع منه شيء. فتركه. ولا يجوز تحلية المصاحف ولا المحاريب، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة؛ لأنها بمنزلة الآنية.

وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح؛ لأنه ليس ببر ولا معروف، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة، فيكسر ويصرف في مصلحة المسجد وعمارته. وكذلك إن حبس الرجل فرسا له لجام مفضض. وقد قال أحمد: في الرجل يقف فرسا في سبيل الله، ومعه لجام مفضض: فهو على ما وقفه، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام وجعلت في وقف مثله فهو أحب إلي؛ لأن الفضة لا ينتفع بها، ولعله يشتري بذلك سرجا ولجاما، فيكون أنفع للمسلمين. قيل: فتباع الفضة،". (١)

٩١. ٩١-"أحمد، في رواية ابن منصور؛ لأن الظاهر أنه صار إلى مسلم، ولم يعلم زواله عن ملك المسلمين، فأشبه ما على جميعه علامة المسلمين.

[الفصل الثاني في موضع الركاز ولا يخلو من أربعة أقسام]

(١٩٠٠) الفصل الثاني، في موضعه، ولا يخلو من أربعة أقسام: أحدها، أن يجده في موات، أو ما لا يعلم له مالك، مثل الأرض التي يوجد فيها آثار الملك، كالأبنية القديمة، والتلول، وجدران الجاهلية، وقبورهم. فهذا فيه الخمس بغير خلاف، سوى ما ذكرناه. ولو وجده في هذه الأرض على وجهها، أو في طريق غير مسلوك، أو قرية خراب، فهو كذلك في الحكم؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن اللقطة؟ فقال: ما كان في طريق مأتي، أو في قرية عامرة، فعرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فلك، وما لم يكن في طريق مأتي، ولا في قرية عامرة، ففيه وفي الركاز الخمس» رواه النسائي. القسم الثاني، أن يجده في ملكه المنتقل إليه، فهو له في أحد الوجهين؛ لأنه مال كافر مظهور عليه في الإسلام، فكان لمن ظهر عليه كالغنائم، ولأن الركاز لا يملك بملك الأرض، لأنه مودع فيها، وإنما يملك بالظهور عليه، وهذا قد ظهر عليه، فوجب أن يملكه. والرواية الثانية، هو للمالك قبله إن اعترف به، وإن لم يعترف به فهو للذي قبله كذلك إلى أول مالك. وهذا مذهب الشافعي لأنه كانت يده على الدار، فكانت على ما فيها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧/٣

وإن انتقلت الدار بالميراث، حكم بأنه ميراث، فإن اتفق الورثة على أنه لم يكن لموروثهم، فهو لأول مالك فإن لم يعرف أول مالك، فهو كالمال الضائع الذي لا يعرف له مالك. والأول أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن الركاز لا يملك بملك الدار، لأنه ليس من أجزائها وإنما هو مودع فيها، فينزل منزلة المباحات من الحشيش والحطب والصيد يجده في أرض غيره، فيأخذه، فيكون أحق به، لكن إن ادعى المالك الذي انتقل الملك عنه أنه له، فالقول قوله؛ لأن يده كانت عليه، لكونها على محله، وإن لم يدعه، فهو لواجده.

وإن اختلف الورثة، فأنكر بعضهم أن يكون لمورثهم، ولم ينكره الباقون، فحكم من أنكر في نصيبه حكم المالك الذي لم يعترف به، وحكم المعترفين حكم المالك المعترف. القسم الثالث، أن يجده في ملك آدمي مسلم معصوم أو ذمي، فعن أحمد ما يدل على أنه لصاحب الدار؛ فإنه قال، في من استأجر حفارا ليحفر في داره، فأصاب في الدار كنزا عاديا: فهو لصاحب الدار. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن.

ونقل عن أحمد ما يدل على أنه لواجده؛ لأنه قال في مسألة من استأجر أجيرا ليحفر له في داره، فأصاب في الدار كنزا: فهو للأجير. نقل ذلك عنه محمد بن يحيى الكحال. قال القاضي هو الصحيح. وهذا يدل على أن الركاز لواجده. وهو قول الحسن بن صالح،". (١)

٩٢. ٩٢-"فوجب فيه الخمس مع اختلاف أنواعه، كالغنيمة.

إذا ثبت هذا فإن الخمس يجب في قليله وكثيره، في قول إمامنا، ومالك، وإسحاق وأصحابالرأي، والشافعي في القديم. وقال في الجديد: يعتبر النصاب فيه؛ لأنه حق مال يجب فيما استخرج من الأرض، فاعتبر فيه النصاب، كالمعدن والزرع. ولنا، عموم الحديث، ولأنه مال مخموس، فلا يعتبر له نصاب، كالغنيمة، ولأنه مال كافر مظهور عليه في الإسلام، فأشبه الغنيمة، والمعدن والزرع يحتاج إلى عمل ونوائب، فاعتبر فيه النصاب تخفيفا، بخلاف الركاز، ولأن الواجب فيهما مواساة، فاعتبر النصاب ليبلغ حدا يحتمل المواساة منه، بخلاف مسألتنا.

[الفصل الرابع القدر الواجب في الركاز ومصرفه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩/٣

(١٩٠٣) الفصل الرابع، في قدر الواجب في الركاز، ومصرفه، أما قدره فهو الخمس؛ لما قدمناه من الحديث والإجماع، وأما مصرفه فاختلفت الرواية عن أحمد فيه، مع ما فيه من اختلاف أهل العلم. فقال الخرقي: هو لأهل الصدقات. ونص عليه أحمد، في رواية حنبل، فقال: يعطي الخمس من الركاز على مكانه، وإن تصدق به على المساكين أجزأه.

وهذا قول الشافعي؛ لأن علي بن أبي طالب، أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين. حكاه الإمام أحمد، وقال: حدثنا سعيد، حدثنا سفيان، عن عبد الله بن بشر الخثعمي، عن رجل من قومه يقال له: ابن حممة، قال: سقطت علي جرة من دير قديم بالكوفة، عند جبانة بشر، فيها أربعة آلاف درهم، فذهبت بها إلى علي – رضي الله عنه – فقال: اقسمها خمسة أخماس. فقسمتها، فأخذ علي منها خمسا، وأعطاني أربعة أخماس، فلما أدبرت دعاني، فقال: في جيرانك فقراء ومساكين؟ قلت: نعم. قال: فخذها فاقسمها بينهم.

ولأنه مستفاد من الأرض، أشبه المعدن والزرع. والرواية الثانية، مصرفه مصرف الفيء. نقله محمد بن الحكم، عن أحمد. وهذه الرواية أصح، وأقيس على مذهبه. وبه قال أبو حنيفة، والمزني لما روى أبو عبيد، عن هشيم عن مجالد عن الشعبي، أن رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجا من المدينة، فأتى بهما عمر بن الخطاب، فأخذ منها الخمس مائتي دينار، ودفع إلى الرجل بقيتها، وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين، إلى أن فضل منها فضلة، فقال: أين صاحب الدنانير؟ فقام إليه، فقال عمر: خذ هذه الدنانير فهي لك. ولو كانت زكاة خص بها أهلها، ولم يرده على واجده، ولأنه يجب على الذمي، والزكاة لا تجب عليه، ولأنه مال مخموس زالت عنه يد الكافر، أشبه خمس الغنيمة.

[الفصل الخامس في من يجب عليه الخمس في زكاة الركاز]

(١٩٠٤) الفصل الخامس، في من يجب عليه الخمس. وهو كل من وجده، من مسلم وذمي، وحر وعبد". (١)

٩٣. ٩٣-"ومكاتب، وكبير وصغير، وعاقل ومجنون، إلا أن الواجد له إذا كان عبدا فهو لسيده؛ لأنه كسب مال، فأشبه الاحتشاش والاصطياد، وإن كان مكاتبا ملكه، وعليه خمسه؛ لأنه بمنزلة

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥١

كسبه، وإن كان صبيا أو مجنونا فهو لهما، ويخرج عنهما وليهما. وهذا قول أكثر أهل العلم.
قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن على الذمي في الركاز يجده الخمس. قاله مالك، وأهل المدينة، والثوري، والأوزاعي، وأهل العراق، وأصحابالرأي، وغيرهم.
وقال الشافعي: لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة؛ لأنه زكاة. وحكي عنه في الصبي والمرأة أنهما لا يملكان الركاز. وقال الثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد: إذا كان الواجد له عبدا، يرضخ له منه، ولا يعطاه كله. ولنا، عموم قوله عليه السلام: «وفي الركاز الخمس» . فإنه يدل بعمومه على وجوب الخمس في كل ركاز يوجد، وبمفهومه على أن باقيه لواجده من كان، ولأنه مال كافر مظهور عليه، فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لواجده، كالغنيمة، ولأنه اكتساب مال، فكان لمكتسبه إن كان حرا، أو لسيده إن كان عبدا، كالاحتشاش، والاصطياد. ويتخرج لنا أن لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة، بناء على قولنا إنه زكاة. والأول أصح. (١٩٠٥)
فصل: ويجوز أن يتولى الإنسان تفرقة الخمس بنفسه. وبه قال أصحاب الرأي، وابن المنذر، لأن عليا أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين. قاله الإمام أحمد. ولأنه أدى الحق إلى مستحقه، فبرئ منه، كما لو فرق الزكاة، أو أدى الدين إلى ربه. ويتخرج أن لا يجوز ذلك؛ لأن الصحيح أنه فيء، فلم يملك تفرقته بنفسه، كخمس الغنيمة. وبهذا قال أبو ثور.
قال: وإن فعل ضمنه الإمام. قال القاضي: وليس للإمام رد خمس الركاز؛ لأنه حق مال، فلم يجز رده على من وجب عليه، كالزكاة، وخمس الغنيمة.
وقال ابن عقيل: يجوز؛ لأنه روي عن عمر أنه رد بعضه على واجده، ولأنه فيء، فجاز رده أو رد بعضه على واجده، كخراج الأرض. وهذا قول أبي حنيفة.

[مسألة الكلام في المعدن يشتمل على فصول أربعة]
[الفصل الأول في صفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة]
(١٩٠٦) مسألة: قال: (وإذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مثقالا، أو من الورق مائتي درهم، أو قيمة ذلك من الزئبق والرصاص والصفر أو غير ذلك مما يستخرج من الأرض، فعليه الزكاة من وقته) اشتقاق المعدن من عدن في المكان، يعدن: إذا أقام به. ومنه سميت جنة عدن، لأنها دار إقامة".

(١)

٩٤. ٩٤-"إلى أنه يصير للتجارة بمجرد النية. وحكوه رواية عن أحمد، لقوله: في من أخرجت أرضه خمسة أوسق، فمكثت عنده سنين لا يريد بها التجارة، فليس عليه زكاة، وإن كان يريد التجارة فأعجب إلي أن يزكيه.

قال بعض أصحابنا : هذا على أصح الروايتين؛ لأن نية القنية بمجردها كافية، فكذلك نية التجارة، بل أولى؛ لأن الإيجاب يغلب على الإسقاط احتياطا، ولأنه أحظ للمساكين، فاعتبر كالتقويم، ولأن سمرة قال: «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نخرج الصدقة مما نعده للبيع.» وهذا داخل في عمومه، ولأنه نوى به التجارة، فوجبت فيه الزكاة، كما لو نوى حال البيع.

ولنا، أن كل ما لا يثبت له الحكم بدخوله في ملكه، لا يثبت بمجرد النية، كما لو نوى بالمعلوفة السوم، ولأن القنية الأصل، والتجارة فرع عليها، فلا ينصرف إلى الفرع بمجرد النية، كالمقيم ينوي السفر، وبالعكس من ذلك ما لو نوى القنية، فإنه يردها إلى الأصل، فانصرف إليه بمجرد النية، كما لو نوى المسافر الإقامة. فكذلك إذا نوى بمال التجارة القنية، انقطع حوله، ثم إذا نوى به التجارة، فلا شيء فيه حتى يبيعه، ويستقبل بثمنه حولا.

[فصل كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول فنوى بها الإسامة وقطع نية التجارة]

(١٩٢٥) فصل: فإن كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول، فنوى بها الإسامة، وقطع نية التجارة، انقطع حول التجارة، واستأنف حولا. كذلك قال الثوري، وأبو ثور، وأصحابالرأي؛ لأن حول التجارة انقطع بنية الاقتناء، وحول السوم لا ينبني على حول التجارة. والأشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة من أول الحول، وجبت الزكاة فيها عند تمامه. وهذا يروى نحوه عن إسحاق، لأن السوم سبب لوجوب الزكاة وجد في جميع الحول خاليا عن معارض، فوجبت به الزكاة، كما لو لم ينو التجارة، أو كما لو كانت السائمة لا تبلغ نصابا بالقيمة.

[مسألة كان في ملكه نصاب للزكاة فاتجر فيه فنما]

(١٩٢٦) مسألة: قال: وإذا كان في ملكه نصاب للزكاة، فاتجر فيه، فنما، أدى زكاة الأصل مع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٢

النماء، إذا حال الحول وجملته أن حول النماء مبني على حول الأصل؛ لأنه تابع له في الملك، فتبعه في الحول، كالسخال والنتاج. وبهذا قال مالك، وإسحاق وأبو يوسف. وأما أبو حنيفة، فإنه بنى حول كل مستفاد على حول جنسه نماء كان أو غيره.

وقال الشافعي: إن نضت الفائدة قبل الحول لم يبن حولها". (١)

٩٥. ٩٥-"[فصل كان الصداق دينا فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول]

(١٩٥٠) فصل: فإن كان الصداق دينا، فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول، ففيه روايتان؛ إحداهما، عليها الزكاة؛ لأنها تصرفت فيه، فأشبه ما لو قبضته والرواية الثانية، زكاته على الزوج؛ لأنه ملك ما ملك عليه، فكأنه لم يزل ملكه عنه. والأول أصح، وما ذكرنا لهذه الرواية لا يصح؛ لأن الزوج لم يملك شيئا، وإنما سقط الدين عنه، ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة ما مضى.

ويحتمل أن لا تجب الزكاة على واحد منهما؛ لما ذكرنا في الزوج، والمرأة لم تقبض الدين، فلم تلزمها زكاته، كما لو سقط بغير إسقاطها، وهذا إذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة إذا قبضته، فأما إن كان مما لا زكاة فيه، فلا زكاة عليها بحال. وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مضي الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا قال أحمد: إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها، وقد مضى له عشر سنين، فإن زكاته على المرأة؛ لأن المال كان لها.

وإذا وهب رجل لرجل مالا، فحال الحول، ثم ارتجعه الواهب، فليس له أن يرتجعه، فإن ارتجعه فالزكاة على الذي كان عنده. وقال في رجل با ع شريكه نصيبه من داره، فلم يعطه شيئا، فلما كان بعد سنة، قال: ليس عندي دراهم فأقلني، فأقاله، قال: عليه أن يزكي؛ لأنه قد ملكه حولا.

[مسألة زكاة الماشية إذا بيعت بالخيار]

(١٩٥١) مسألة: قال والماشية إذا بيعت بالخيار، فلم ينقض الخيار حتى ردت، استقبل بها البائع حولا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لأنه تجديد ملك ظاهر المذهب، أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشتري عقيبه، ولا يقف على انقضاء الخيار، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما. وعن أحمد، أنه لا ينتقل حتى ينقضي الخيار. وهو قول مالك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٣/٣

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل إن كان للبائع، وإن كان للمشتري خرج عن البائع، ولم يدخل في ملك المشتري. وعن الشافعي ثلاثة أقوال قولان كالروايتين، وقول ثالث، أنه مراعى، فإن فسخاه تبينا أنه لم ينتقل، وإن أمضياه تبينا أنه انتقل. ولنا، أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه، كما لو لم يشترط الخيار. وإن كان المال زكائيا انقطع الحول ببيعه، لزوال ملكه عنه، فإن استرده أو رد عليه استأنف حولا؛ لأنه ملك متجدد حدث بعد زواله، فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقا من غير خيار. وهكذا الحكم لو فسخا البيع في مدة المجلس بخياره؛ لا يمنع نقل الملك أيضا، فهو كخيار الشرط. ولو مضى الحول في مدة الخيار،". (١)

٩٦. ٩٦-"زكاة المال فإنها لا تتحمل بالملك والقرابة، فإن كان لامرأته من يخدمها بأجرة، فليس على الزوج فطرته؛ لأن الواجب الأجر دون النفقة.

وإن كان لها نظرت، فإن كانت ممن لا يجب لها خادم، فليس عليه نفقة خادمها، ولا فطرته، وإن كانت ممن يخدم مثلها، فعلى الزوج أن يخدمها، ثم هو مخير بين أن يشتري لها خادما، أو يستأجر أو ينفق على خادمها، فإن اشترى لها خادما أو اختار الإنفاق على خادمها فعليه فطرته، وإن استأجر لها خادما فليس عليه نفقته ولا فطرته، سواء شرط عليه مؤنته أو لم يشرط؛ لأن المؤنة إذا كانت أجرة فهي من مال المستأجر.

وإن تبرع بالإنفاق على من لا تلزمه نفقته، فحكمه حكم من تبرع بالإنفاق على أجنبي، وسنذكره إن شاء الله تعالى. وإن نشزت المرأة في وقت الوجوب، ففطرتها على نفسها دون زوجها؛ لأن نفقتها لا تلزمه. واختار أبو الخطاب أن عليه فطرتها؛ لأن الزوجية ثابتة عليها فلزمته فطرتها كالمريضة التي لا تحتاج إلى نفقة. والأول: أصح؛ لأن هذه ممن لا تلزمه مؤنته، فلا تلزمه فطرته كالأجنبية، وفارق المريضة؛ لأن عدم الإنفاق عليها لعدم الحاجة، لا لخلل في المقتضى لها، فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها، بخلاف الناشز. وكذلك كل امرأة لا يلزمه نفقتها، كغير المدخول بها إذا لم تسلم إليه، والصغيرة التي لا يمكن الاستمتاع بها، فإنه لا تلزمه نفقتها ولا فطرتها؛ لأنها ليست ممن يمون.

[فصل العبيد إن كانوا لغير التجارة فعلى سيدهم فطرتهم]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٧٧

(١٩٧١) فصل: وأما العبيد فإن كانوا لغير التجارة، فعلى سيدهم فطرتهم. لا نعلم فيه خلافا. وإن كانوا للتجارة، فعليه أيضا فطرتهم. وبهذا قال مالك، والليث، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وقال عطاء، والنخعي، والثوري، وأصحابالرأي: لا تلزمه فطرتهم؛ لأنها زكاة ولا تجب في مال واحد زكاتان، وقد وجبت فيهم زكاة التجارة، فيمتنع وجوب الزكاة الأخرى، كالسائمة إذا كانت للتجارة. ولنا، عموم الأحاديث وقول ابن عمر: «فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - زكاة الفطر على الحر والعبد» وفي حديث عمرو بن شعيب: «ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم، ذكر أو أنثى، حر أو عبد، صغير أو كبير» . ولأن نفقتهم واجبة فوجبت فطرتهم، كعبيد القنية.

أو نقول مسلم تجب مؤنته، فوجبت فطرته، كالأصل، وزكاة الفطرة تجب على البدن، ولهذا تجب". (١)

٩٧. ٩٧-": «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» . ولأن الصلاة يتفق وقت النية لفرضها ونفلها، فكذلك الصوم. ولنا، ما روت عائشة - رضي الله عنها - «قالت: دخل علي النبي - صلى الله عليه وسلم - ذات يوم، فقال: هل عندكم من شيء؟ قلنا: لا. قال: فإني إذا صائم» أخرجه مسلم، وأبو داود، والنسائي. ويدل عليه أيضا حديث عاشوراء. ولأن الصلاة يخفف نفلها عن فرضها، بدليل أنه لا يشترط القيام لنفلها، ويجوز في السفر على الراحلة إلى غير القبلة، فكذا الصيام. وحديثهم نخصه بحديثنا، على أن حديثنا أصح من حديثهم، فإنه من رواية ابن لهيعة، ويحيى بن أيوب، قال الميموني: سألت أحمد عنه، فقال: أخبرك ما له عندي ذلك الإسناد، إلا أنه عن ابن عمر وحفصة، إسنادان جيدان.

والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها؛ لأن اشتراط النية في أول الصلاة لا يفضي إلى تقليلها، بخلاف الصوم فإنه يعين له الصوم من النهار، فعفي عنه، كما لو جوزنا التنفل قاعدا وعلى الراحلة، لهذه العلة.

(٢٠١٢) فصل: وأي وقت من النهار نوى أجزأه سواء في ذلك ما قبل الزوال وبعده. هذا ظاهر

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩١

كلام أحمد، والخرقي. وهو ظاهر قول ابن مسعود فإنه قال: أحدكم بأخير النظرين، ما لم يأكل أو يشرب. وقال رجل لسعيد بن المسيب: إني لم آكل إلى الظهر، أو إلى العصر، أفأصوم بقية يومي؟ قال: نعم. واختار القاضي، في " المحرر " أنه لا تجزئه النية بعد الزوال. وهذا مذهب أبي حنيفة، والمشهور من قولي الشافعي؛ لأن معظم النهار مضى من غير نية، بخلاف الناوي قبل الزوال، فإنه قد أدرك معظم العبادة، ولهذا تأثير في الأصول، بدليل أن من أدرك الإمام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة؛ لإدراكه معظمها، ولو أدركه بعد الرفع، لم يكن مدركا لها، ولو أدرك مع الإمام من الجمعة ركعة، كان مدركا لها؛ لأنها تزيد بالتشهد، ولو أدرك أقل من ركعة، لم يكن مدركا لها.

ولنا أنه نوى في جزء من النهار، فأشبه ما لو نوى في أوله، ولأن جميع الليل وقت لنية الفرض، فكذا جميع النهار وقت لنية النفل. إذا ثبت هذا فإنه يحكم له بالصوم الشرعي المثاب عليه من وقت النية، في المنصوص عن أحمد، فإنه قال: من نوى في التطوع من النهار، كتب له بقية يومه، وإذا أجمع من الليل كان له يومه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أبو الخطاب، في " الهداية ": يحكم له بذلك من أول النهار. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن الصوم لا يتبعض في اليوم، بدليل ما لو أكل في بعضه، لم يجز له صيام باقيه، فإذا وجد في بعض اليوم دل على أنه صائم من أوله، ولا يمتنع الحكم بالصوم من غير". (١)

٩٨. ٩٨-"الثاني، أن يسافر في أثناء الشهر ليلا، فله الفطر في صبيحة الليلة التي يخرج فيها، وما بعدها، في قول عامة أهل العلم. وقال عبيدة السلماني، وأبو مجلز، وسويد بن غفلة: لا يفطر من سافر بعد دخول الشهر؛ لقول الله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [البقرة: ١٨٥] . وهذا قد شهده.

ولنا قول الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] . وروى ابن عباس، قال: «خرج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عام الفتح في شهر رمضان، فصام حتى بلغ الكديد، ثم أفطر وأفطر الناس» . متفق عليه. ولأنه مسافر فأبيح له الفطر، كما لو سافر قبل الشهر، والآية تناولت الأمر بالصوم لمن شهد الشهر كله، وهذا لم يشهده كله. الثالث، أن يسافر في أثناء يوم من رمضان، فحكمه في اليوم الثاني كمن سافر ليلا، وفي إباحة فطر اليوم الذي سافر

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٤/٣

فيه، عن أحمد روايتان؛ إحداهما، له أن يفطر.

وهو قول عمرو بن شرحبيل، والشعبي، وإسحاق، وداود، وابن المنذر؛ لما روى عبيد بن جبير، قال: ركبت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط في شهر رمضان، فدفع، ثم قرب غداءه، فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة، ثم قال: اقترب، قلت: ألست ترى البيوت؟ قال أبو بصرة «أترغب عن سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –؟ فأكل» . رواه أبو داود. ولأن السفر معنى لو وجد ليلا واستمر في النهار لأباح الفطر، فإذا وجد في أثنائه أباحه كالمرض، ولأنه أحد الأمرين المنصوص عليهما في إباحة الفطر بهما، فأباحه في أثناء النهار كالآخر. والرواية الثانية، لا يباح له الفطر ذلك اليوم، وهو قول مكحول، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحابالرأي؛ لأن الصوم عبادة تختلف بالسفر والحضر، فإذا اجتمعا فيها غلب حكم الحضر، كالصلاة، والأول أصح؛ للخبر، ولأن الصوم يفارق الصلاة فإن الصلاة يلزم إتمامها بنيته، بخلاف الصوم.

إذا ثبت هذا فإنه لا يباح له الفطر حتى يخلف البيوت وراء ظهره، يعني أنه يجاوزها ويخرج من بين بنيانها. وقال الحسن: يفطر في بيته، إن شاء، يوم يريد أن يخرج. وروي نحوه عن عطاء.". (١)

٩٩. ٩٩–"لا يفطر بما ليس بطعام ولا شراب، وحكي عن أبي طلحة الأنصاري، أنه كان يأكل البرد في الصوم، ويقول: ليس بطعام ولا شراب. ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة إنما حرما الأكل والشرب، فما عداهما يبقى على أصل الإباحة.

ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الأكل والشرب على العموم، فيدخل فيه محل النزاع، ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبي طلحة، فلا يعد خلافا.

[فصل الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم]

(٢٠١٩) الفصل الثاني، أن الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم. وبه قال إسحاق، وابن المنذر، ومحمد بن إسحاق بن خزيمة. وهو قول عطاء، وعبد الرحمن بن مهدي. وكان الحسن، ومسروق، وابن سيرين، لا يرون للصائم أن يحتجم.

وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلا في الصوم، منهم ابن عمر، وابن عباس، وأبو موسى، وأنس

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٧/٣

بن مالك، ورخص فيها أبو سعيد الخدري، وابن مسعود، وأم سلمة، وحسين بن علي، وعروة، وسعيد بن جبير. وقال مالك، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي: يجوز للصائم أن يحتجم، ولا يفطر؛ لما روى البخاري، عن ابن عباس، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «احتجم وهو صائم» . ولأنه دم خارج من البدن، أشبه الفصد. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أفطر الحاجم والمحجوم.» رواه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أحد عشر نفسا، قال أحمد: حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى في هذا الباب، وإسناد حديث رافع إسناد جيد. وقال: حديث شداد وثوبان صحيحان، وعن علي بن المديني، أنه قال: أصح شيء في هذا الباب حديث شداد وثوبان. وحديثهم منسوخ بحديثنا، بدليل ما روى ابن عباس، أنه قال: «احتجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالقاحة بقرن وناب، وهو محرم صائم، فوجد لذلك ضعفا شديدا، فنهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يحتجم الصائم» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم،

وعن الحكم، قال: «احتجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو صائم» فضعف، ثم كرهت الحجامة للصائم. وكان ابن عباس وهو راوي حديثهم، يعد الحجام والمحاجم، فإذا غابت الشمس احتجم بالليل. كذلك رواه الجوزجاني.

وهذا يدل على أنه علم نسخ الحديث الذي رواه. ويحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - احتجم فأفطر، كما روي عنه - عليه السلام - أنه «قاء فأفطر» فإن قيل: فقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «رأى الحاجم والمحتجم يغتابان» فقال ذلك، قلنا: لم تثبت". (١)

١٠٠. ١٠٠-"الإثمد غير المطيب، كالمليل ونحوه، لم يفطر. نص عليه أحمد. وقال ابن عقيل: إن كان الكحل حادا، فطره، وإلا فلا. ونحو ما ذكرناه قال أصحاب مالك. وعن ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، أن الكحل يفطر الصائم. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يفطره؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، أنه اكتحل في رمضان وهو صائم» .

ولأن العين ليست منفذا؛ فلم يفطر بالداخل منها، كما لو دهن رأسه. ولنا أنه أوصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بفيه فأفطر به، كما لو أوصله من أنفه، وما رووه لم يصح، قال الترمذي: لم يصح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في باب الكحل للصائم شيء. ثم يحمله على أنه اكتحل بما لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٢٠

يصل. وقولهم: ليست العين منفذا لا يصح؛ فإنه يوجد طعمه في الحلق، ويكتحل بالإثمد فيتنخعه قال أحمد: حدثني إنسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار. ثم لا يعتبر في الواصل أن يكون من منفذ، بدليل ما لو جرح نفسه جائفة، فإنه يفطر.

[فصل ما لا يمكن التحرز منه كابتلاع الريق لا يفطره]

(٢٠٢٢) فصل: وما لا يمكن التحرز منه، كابتلاع الريق لا يفطره، لأن اتقاء ذلك يشق، فأشبه غبار الطريق، وغربلة الدقيق. فإن جمعه ثم ابتلعه قصدا لم يفطره؛ لأنه يصل إلى جوفه من معدته، أشبه ما إذا لم يجمعه. وفيه وجه آخر، أنه يفطره؛ لأنه أمكنه التحرز منه، أشبه ما لو قصد ابتلاع غبار الطريق. والأول أصح؛ فإن الريق لا يفطر إذا لم يجمعه، وإن قصد ابتلاعه، فكذلك إذا جمعه، بخلاف غبار الطريق، فإن خرج ريقه إلى ثوبه، أو بين أصابعه، أو بين شفتيه، ثم عاد فابتلعه، أو بلع ريق غيره، أفطر؛ لأنه ابتلعه من غير فمه، فأشبه ما لو بلع غيره. فإن قيل: فقد روت عائشة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يقبلها وهو صائم، ويمص لسانها.» رواه أبو داود. قلنا: قد روي عن أبي داود أنه قال: هذا إسناد ليس بصحيح.

ويجوز أن يكون يقبل في الصوم، ويمص لسانها في غيره. ويجوز أن يمصه، ثم لا يبتلعه، ولأنه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل إلى فمه، فأشبه ما لو ترك حصاة مبلولة في فيه، أو لو تمضمض بماء ثم مجه. ولو ترك في فمه حصاة أو درهما، فأخرجه وعليه بلة من الريق، ثم أعاده في فيه، نظرت؛ فإن كان ما عليه من الريق كثيرا فابتلعه أفطر، وإن كان يسيرا لم يفطر بابتلاع ريقه. وقال بعض أصحابنا : يفطر لابتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم. ولنا أنه لا يتحقق انفصال ذلك البلل، ودخوله إلى حلقه، فلا يفطره، كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبلول. ويقوي ذلك حديث عائشة في مص لسانها. ولو أخرج لسانه وعليه بلة، ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه، لم يفطر.". (١)

١٠١. ١٠١–"ولا يفر إذا لاقى» . وفي رواية: «وهو أفضل الصيام. فقلت: إني أطيق أفضل من ذلك. قال: لا أفضل من ذلك» . رواه البخاري.

(١) المغني لابن قدامة ١٢٢/٣

[مسألة الهلال إذا رئي نهارا قبل الزوال أو بعده وكان ذلك في آخر رمضان]

(٢١٢٦) مسألة: قال: (وإذا رئي الهلال نهارا، قبل الزوال أو بعده، فهو لليلة المقبلة) وجملة ذلك أن المشهور عن أحمد، أن الهلال إذا رئي نهارا قبل الزوال أو بعده، وكان ذلك في آخر رمضان، لم يفطروا برؤيته. وهذا قول عمر، وابن مسعود، وابن عمر، وأنس، والأوزاعي، ومالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبي حنيفة.

وقال الثوري، وأبو يوسف: إن رئي قبل الزوال فهو لليلة الماضية، وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة. وروي ذلك عن عمر – رضي الله عنه –. رواه سعيد؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» . وقد رأوه، فيجب الصوم والفطر، ولأن ما قبل الزوال أقرب إلى الماضية.

وحكي هذا رواية عن أحمد. ولنا ما روى أبو وائل، قال: جاءنا كتاب عمر، ونحن بخانقين، أن الأهلة بعضها أكبر من بعض، فإذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى تمسوا، إلا أن يشهد رجلان أنهما رأياه بالأمس عشية. ولأنه قول ابن مسعود، وابن عباس، ومن سمينا من الصحابة، وخبرهم محمول على ما إذا رئي عشية، بدليل ما لو رئي بعد الزوال. ثم إن الخبر إنما يقتضي الصوم والفطر من الغد، بدليل ما لو رآه عشية.

فأما إن كانت الرؤية في أول رمضان، فالصحيح أيضا، أنه لليلة المقبلة. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنه للماضية، فيلزم قضاء ذلك اليوم، وإمساك بقيته احتياطا للعبادة، والأول أصح؛ لأن ما كان لليلة المقبلة في آخره، فهو لها في أوله، كما لو رئي بعد العصر.

[مسألة تأخير السحور وتعجيل الفطر]

[الفصل الأول في تعجيل السحور]

(٢١٢٧) مسألة: قال: (والاختيار تأخير السحور، وتعجيل الفطر) الكلام في هذه المسألة في فصلين:

(٢١٢٨) أحدهما، في السحور، والكلام فيه في ثلاثة أشياء؛ أحدها، في استحبابه. ولا نعلم فيه بين العلماء خلافا. وقد روى أنس أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «تسحروا؛ فإن في السحور بركة» . متفق عليه.

وعن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر» . أخرجه مسلم، وأبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وروى الإمام أحمد، بإسناده عن أبي سعيد، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «السحور بركة، فلا تدعوه، ولو أن يجرع أحدكم جرعة". (١)

١٠٢. ١٠٢-"عليهما، سواء كانا موسرين أو معسرين؛ لأن ذلك وجب عليهما بإمكانه في موضعه، فلم يسقط بفوات القدرة بعده.

[فصل الحكم في الكافر يسلم والمجنون يفيق في الحج]

(٢٢٥١) فصل: والحكم في الكافر يسلم، والمجنون يفيق، حكم الصبي يبلغ في جميع ما فصلناه، إلا أن هذين لا يصح منهما إحرام، ولو أحرما لم ينعقد إحرامهما؛ لأنهما من غير أهل العبادات، ويكون حكمهما حكم من لم يحرم.

[فصل إحرام العبد بالحج بغير إذن سيده]

(٢٢٥٢) فصل: وقد بقي من أحكام حج العبد أربعة فصول: أحدها، في حكم إحرامه. الثاني، في حكم نذره للحج. الثالث، في حكم ما يلزمه من الجنايات على إحرامه. الرابع، حكم إفساده وفواته.

(٢٢٥٣) الفصل الأول في إحرامه: وليس للعبد أن يحرم بغير إذن سيده؛ لأنه يفوت به حقوق سيده الواجبة عليه، بالتزام ما ليس بواجب، فإن فعل، انعقد إحرامه صحيحا، لأنها عبادة بدنية فصح من العبد الدخول فيها بغير إذن سيده، كالصلاة والصوم، ولسيده تحليله في إحدى الروايتين؛ لأن في بقائه عليه تفويتا لحقه من منافعه بغير إذنه، فلم يلزم ذلك سيده، كالصوم المضر ببدنه.

وهذا اختيار ابن حامد. وإذا حلله منه كان حكمه حكم المحصر. والثانية، ليس له تحليله. وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه لا يمكنه التحلل من تطوعه، فلم يملك تحليل عبده. والأول أصح؛ لأنه التزم التطوع باختيار نفسه، فنظيره أن يحرم عبده بإذنه، وفي مسألتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره. فأما إن أحرم بإذن سيده، فليس له تحليله. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: له ذلك؛ لأنه ملكه منافع نفسه، فكان له الرجوع فيها، كالمعير يرجع في العارية. ولنا، أنه عقد لازم، عقده بإذن سيده، فلم يكن لسيده منعه منه، كالنكاح، ولا يشبه العارية، لأنها

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٣/٣

ليست لازمة.

ولو أعاره شيئا ليرهنه، فرهنه، لم يكن له الرجوع فيه. ولو باعه سيده بعدما أحرم فحكم مشتريه في تحليله حكم بائعه سواء؛ لأنه اشتراه مسلوب المنفعة، فأشبه الأمة المزوجة والمستأجرة. فإن علم المشتري بذلك، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فأشبه ما لو اشترى معيبا يعلم عيبه.

وإن لم يعلم، فله الفسخ؛ لأنه يتضرر بمضي العبد في حجه، لفوات منافعه، إلا أن يكون إحرامه بغير إذن سيده، ونقول: له تحليله. فلا يملك الفسخ؛ لأنه يمكنه دفع الضرر عنه.

ولو أذن له سيده". (١)

١٠٣. ١٠٣-"ولنا، أنه واجب عليه بموجب هذا الإحرام، فلم يسقط بوجوب القضاء، كبقية المناسك، وكجزاء الصيد.

[فصل المجاوز للميقات ممن لا يريد النسك]

(٢٢٧٩) فصل: فأما المجاوز للميقات، ممن لا يريد النسك، فعلى قسمين؛ أحدهما، لا يريد دخول الحرم، بل يريد حاجة فيما سواه، فهذا لا يلزمه الإحرام بغير خلاف، ولا شيء عليه في ترك الإحرام، وقد أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه بدرا مرتين، وكانوا يسافرون للجهاد وغيره، فيمرون بذي الحليفة، فلا يحرمون، ولا يرون بذلك بأسا. ثم متى بدا لهذا الإحرام، وتجدد له العزم عليه، أحرم من موضعه، ولا شيء عليه. هذا ظاهر كلام الخرقي. وبه يقول مالك، والثوري، والشافعي، وصاحبا أبي حنيفة.

وحكى ابن المنذر، عن أحمد، في الرجل يخرج لحاجة، وهو لا يريد الحج، فجاوز ذا الحليفة، ثم أراد الحج، يرجع إلى ذي الحليفة، فيحرم. وبه قال إسحاق. ولأنه أحرم من دون الميقات، فلزمه الدم، كالذي يريد دخول الحرم. والأول أصح. وكلام أحمد يحمل على من يجاوز الميقات ممن يجب عليه الإحرام؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فهن لهن، ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجا أو عمرة» . ولأنه حصل دون الميقات على وجه مباح. فكان له الإحرام منه، كأهل ذلك المكان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٣٩

ولأن هذا القول يفضي إلى أن من كان منزله دون الميقات، إذا خرج إلى الميقات، ثم عاد إلى منزله، وأراد الإحرام، لزمه الخروج إلى الميقات، ولا قائل به. وهو مخالف لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: (ومن كان منزله دون الميقات، فمهله من أهله) .

القسم الثاني، من يريد دخول الحرم، إما إلى مكة أو غيرها، فهم على ثلاثة أضرب؛ أحدها، من يدخلها لقتال مباح، أو من خوف، أو لحاجة متكررة، كالحشاش، والحطاب، وناقل الميرة والفيح، ومن كانت له ضيعة يتكرر دخوله وخروجه إليها، فهؤلاء لا إحرام عليهم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - دخل يوم الفتح مكة حلالا وعلى رأسه المغفر، وكذلك أصحابه، ولم نعلم أحدا منهم أحرم يومئذ، ولو أوجبنا الإحرام على كل من يتكرر دخوله، أفضى إلى أن يكون جميع زمانه محرما، فسقط للحرج. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأحد دخول الحرم بغير إحرام، إلا من كان دون الميقات؛ لأنه يجاوز الميقات مريدا للحرم، فلم يجز بغير إحرام كغيره.". (١)

١٠٤. ١٠٤-"عليها.

وقد روي أن سعدا سمع بعض بني أخيه وهو يلبي: يا ذا المعارج. فقال: إنه لذو المعارج، وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله. - صلى الله عليه وسلم -

[فصل يستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته]

(٢٣٠٦) فصل: ويستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته. قال أحمد: إن شئت لبيت بالحج، وإن شئت لبيت بالحج والعمرة، وإن شئت بعمرة، وإن لبيت بحج وعمرة بدأت بالعمرة، فقلت: لبيك بعمرة وحجة.

وقال أبو الخطاب: لا يستحب ذلك. وهو اختيار ابن عمر، وقول الشافعي؛ لأن جابرا قال: ما سمى النبي - صلى الله عليه وسلم - في تلبيته حجا، ولا عمرة. وسمع ابن عمر رجلا يقول: لبيك بعمرة. فضرب صدره، وقال: تعلمه ما في نفسك. ولنا ما روى أنس، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لبيك عمرة وحجا» . وقال جابر: «قدمنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٣/٣

ونحن نقول: لبيك بالحج» . وقال ابن عباس: «قدم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه، وهم يلبون بالحج» . وقال ابن عمر: «بدأ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأهل بالعمرة، ثم أهل بالحج» . متفق على هذه الأحاديث. وقال أنس: «سمعتهم يصرخون بهما صراخا» . رواه البخاري. وقال أبو سعيد: «خرجنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – نصرخ بالحج فحللنا، فلما كان يوم التروية لبينا بالحج، وانطلقنا إلى منى.» وهذه الأحاديث أصح وأكثر من حديثهم. وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه؛ فإن النسائي روى بإسناده، عن «الصبي بن معبد، أنه أول ما حج لبى بالحج والعمرة جميعا، ثم ذكر ذلك لعمر. فقال: هديت لسنة نبيك» . وإن لم يذكر ذلك في تلبيته، فلا بأس؛ فإن النية محلها القلب، والله أعلم بها.

[فصل لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه]

(٢٣٠٧) فصل: وإن حج عن غيره، كفاه مجرد النية عنه. قال أحمد: لا بأس بالحج عن الرجل، ولا يسميه.

وإن ذكره في التلبية، فحسن. قال أحمد: إذا حج عن رجل يقول أول ما يلبي: عن فلان. ثم لا يبالي أن لا يقول بعد. وذلك لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – للذي سمعه يلبي عن شبرمة: «لب عن نفسك»". (١)

١٠٥. ١٠٥–"ووجه الرواية الصحيحة، أن الرجعية زوجة، والرجعة إمساك، بدليل قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة: ٢٣١] . فأبيح ذلك كالإمساك قبل الطلاق. ولا نسلم أن الرجعة استباحة، فإن الرجعية مباحة، وإن سلمنا أنها استباحة، فتبطل بشرى الأمة للشراء، ولأن ما يتعلق به إباحة الزوجة مباح في النكاح، كالتكفير في الظهار.

وأما شراء الإماء فمباح، وسواء قصد به الشراء أو لم يقصد. لا نعلم فيه خلافا، فإنه ليس بموضوع الاستباحة في البضع، فأشبه شراء العبيد والبهائم، ولذلك أبيح شراء من لا يحل وطؤها، فلذلك لم يحرم في حالة يحرم فيها الوطء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٧٢

[مسألة للمحرم أن يقتل الحدأة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور]

(٢٣٩٦) مسألة: قال: (وله أن يقتل الحدأة، والغراب، والفأرة، والعقرب، والكلب العقور، وكل ما عدا عليه، أو آذاه، ولا فداء عليه) هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحابالرأي، وحكي عن النخعي أنه منع قتل الفأرة. والحديث صريح في حل قتلها، فلا يعول على ما خالفه. والمراد بالغراب الأبقع غراب البين.

وقال قوم: لا يباح من الغربان إلا الأبقع خاصة؛ لأنه قد روي: «خمس فواسق، يقتلن في الحرم: الحية، والغراب الأبقع، والفأرة، والكلب العقور، والحدأة» . رواه مسلم. وهذا يقيد المطلق في الحديث الآخر، ولا يمكن حمله على العموم؛ بدليل أن المباح من الغربان لا يحل قتله.

ولنا، ما روت عائشة؛ قالت: «أمر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بقتل خمس فواسق في الحل والحرم: الحدأة، والغراب، والفأرة، والعقرب، والكلب العقور» . وعن ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «خمس من الدواب، ليس على المحرم جناح في قتلهن» . وذكر مثل حديث عائشة. متفق عليه.

وفي لفظ لمسلم، في حديث ابن عمر: «خمس لا جناح على من قتلهن في الحرم والإحرام» . وهذا عام في الغراب، وهو أصح من الحديث الآخر. ولأن غراب البين محرم الأكل،". (١)

١٠٦. ١٠٦-"صلاة، فيشترط له الموالاة، كسائر الصلوات، أو نقول عبادة متعلقة بالبيت، فاشترطت لها الموالاة، كالصلاة، ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العرف، من غير تحديد. وقد روي عن أبي عبد الله، رحمه الله، رواية أخرى، إذا كان له عذر يشغله، بنى، وإن قطعه من غير عذر، أو لحاجته، استقبل الطواف. وقال: إذا أعيا في الطواف، لا بأس أن يستريح. وقال الحسن غشي عليه، فحمل إلى أهله، فلما أفاق أتمه. قال أبو عبد الله: فإن شاء أتمه، وإن شاء استأنف؛ وذلك لأنه قطعه لعذر، فجاز البناء عليه، كما لو قطعه لصلاة.

[فصل الموالاة غير شرط في السعي بين الصفا والمروة]

(٢٤٩٣) فصل: فأما السعي بين الصفا والمروة، فظاهر كلام أحمد أن الموالاة غير مشترطة فيه، فإنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣١٤

قال في رجل كان بين الصفا والمروة، فلقيه فإذا هو يعرفه، يقف، فيسلم عليه، ويسائله؟ قال: نعم، أمر الصفا سهل، إنما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت، فأما بين الصفا والمروة فلا بأس. وقال القاضي: تشترط الموالاة فيه، قياسا على الطواف. وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد. والأول **أصح**؛ فإنه نسك لا يتعلق بالبيت، فلم تشترط له الموالاة، كالرمي والحلاق. وقد روى الأثرم، أن سودة بنت عبد الله بن عمر، امرأة عروة بن الزبير، سعت بين الصفا والمروة، فقضت طوافها في ثلاثة أيام، وكانت ضخمة. وكان عطاء لا يرى بأسا أن يستريح بينهما، ولا يصح قياسه على الطواف؛ لأن الطواف يتعلق بالبيت، وهو صلاة تشترط له الطهارة والستارة، فاشترطت له الموالاة، بخلاف السعي.

[مسألة أحدث في بعض طوافه]

(٢٤٩٤) مسألة: قال: (وإن أحدث في بعض طوافه، تطهر، وابتدأ الطواف، إذا كان فرضا) أما إذا أحدث عمدا فإنه يبتدئ الطواف؛ لأن الطهارة شرط له، فإذا أحدث عمدا أبطله، كالصلاة، وإن سبقه الحدث، ففيه روايتان: إحداهما، يبتدئ أيضا. وهو قول الحسن، ومالك، قياسا على الصلاة. والرواية الثانية، يتوضأ، ويبني. وبها قال الشافعي، وإسحاق. قال حنبل عن أحمد في من طاف ثلاثة أشواط أو أكثر: يتوضأ، فإن شاء بنى، وإن شاء استأنف. قال أبو عبد الله: يبني إذا لم يحدث حدثا إلا الوضوء، فإن عمل عملا غير ذلك، استقبل الطواف؛ وذلك لأن الموالاة تسقط عند العذر في إحدى الروايتين، وهذا معذور، فجاز البناء، وإن اشتغل بغير الوضوء، فقد ترك الموالاة لغير عذر، فلزمه الابتداء إذا كان الطواف فرضا، فأما المسنون، فلا يجب إعادته، كالصلاة المسنونة إذا بطلت.".

(١)

١٠٧. ١٠٧-"- صلى الله عليه وسلم - والحديث الأول أثبت. فعلى هذا يكون كثرة الناس، وشدة الزحام عذرا. ويحتمل أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - قصد تعليم الناس مناسكهم، فلم يتمكن منه إلا بالركوب، والله أعلم.

(٢٤٩٧) فصل: إذا طاف راكبا، أو محمولا، فلا رمل عليه. وقال القاضي: يخب به بعيره. والأول **أصح**؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يفعله، ولا أمر به، ولأن معنى الرمل لا يتحقق فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٧

(٢٤٩٨) فصل: فأما السعي راكبا، فيجزئه لعذر ولغير عذر؛ لأن المعنى الذي منع الطواف راكبا غير موجود فيه.

[مسألة من كان مفردا أو قارنا استحب له أن يفسخ النية إذا طاف وسعى]

(٢٤٩٩) مسألة: قال: (ومن كان مفردا، أو قارنا، أحببنا له أن يفسخ إذا طاف وسعى، ويجعلها عمرة، إلا أن يكون معه هدي، فيكون على إحرامه) أما إذا كان معه هدي، فليس له أن يحل من إحرام الحج، ويجعله عمرة، بغير خلاف نعلمه. وقد روى ابن عمر، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما قدم مكة، قال للناس: من كان منكم أهدى، فإنه لا يحل من شيء حرم منه، حتى يقضي حجه، ومن لم يكن منكم أهدى، فليطف بالبيت، وبالصفا والمروة، وليقصر، وليحلل، ثم ليهل بالحج، وليهد، ومن لم يجد هديا، فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله» . متفق عليه.

وأما من لا هدي معه، ممن كان مفردا أو قارنا، فيستحب له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج، وينوي عمرة مفردة، فيقصر، ويحل من إحرامه؛ ليصير متمتعا، إن لم يكن وقف بعرفة. وكان ابن عباس يرى أن من طاف بالبيت، وسعى، فقد حل، وإن لم ينو ذلك. وبما ذكرناه قال الحسن، ومجاهد، وداود، وأكثر أهل العلم، على أنه لا يجوز له ذلك؛ لأن الحج أحد النسكين، فلم يجز فسخه كالعمرة، فروى ابن ماجه، بإسناده، عن الحارث بن بلال المزني، عن أبيه «، أنه قال: يا رسول الله، فسخ الحج لنا خاصة، أو لمن أتى؟ قال: لنا خاصة» .

وروي أيضا عن المرقع الأسدي، عن أبي ذر قال: «كان ما أذن لنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين دخلنا مكة، أن نجعلها عمرة، ونحل من كل شيء، أن تلك كانت لنا خاصة، رخصة من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دون جميع الناس» .

ولنا، أنه قد صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر أصحابه في حجة الوداع الذين أفردوا الحج وقرنوا، أن يحلوا كلهم، ويجعلوها عمرة، إلا من كان معه الهدي، وثبت ذلك في أحاديث كثيرة، متفق عليهن، بحيث يقرب من التواتر والقطع، ولم يختلف في صحة ذلك وثبوته عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أحد من أهل العلم علمناه

وذكر أبو حفص، في (شرحه) ، قال: سمعت أبا عبد الله بن بطة يقول: سمعت أبا بكر". (١)

١٠٨. ١٠٨-"بن أيوب يقول: سمعت إبراهيم الحربي يقول، وسئل عن فسخ الحج، فقال: قال سلمة بن شبيب لأحمد بن حنبل: يا أبا عبد الله، كل شيء منك حسن جميل، إلا خلة واحدة. فقال: وما هي؟ قال تقول بفسخ الحج. فقال أحمد: قد كنت أرى أن لك عقلا، عندي ثمانية عشر حديثا صحاحا جيادا، كلها في فسخ الحج، أتركها لقولك

وقد روى فسخ الحج ابن عمر، وابن عباس، وجابر، وعائشة، وأحاديثهم متفق عليها. ورواه غيرهم، وأحاديثهم كلها صحاح. قال أحمد: روي الفسخ عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من حديث جابر، وعائشة، وأسماء، والبراء، وابن عمر، وسبرة الجهني، وفي لفظ حديث جابر، قال: «أهللنا أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالحج خالصا وحده، وليس معه عمرة، فقدم النبي - صلى الله عليه وسلم - صبح رابعة مضت من ذي الحجة، فلما قدمنا، أمرنا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن نحل، قال: حلوا، وأصيبوا من النساء. قال: فبلغه عنا أنا نقول: لم يكن بيننا وبين عرفة إلا خمس ليال، أمرنا أن نحل إلى نسائنا، فنأتي عرفة تقطر مذاكيرنا المني. قال: فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: قد علمتم أني أتقاكم لله، وأصدقكم، وأبركم، ولولا هديي لحللت كما تحلون، فحلوا، ولو استقبلت من أمري ما استدبرت، ما أهديت. قال: فحللنا، وسمعنا، وأطعنا. قال فقال سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي: متعتنا هذه يا رسول الله لعامنا هذا، أم للأبد؟ فظنه محمد بن بكر، أنه قال: للأبد» . متفق عليه. فأما حديثهم، فقال أحمد: روى هذا الحديث الحارث بن بلال، فمن الحارث بن بلال؟ يعني أنه مجهول. ولم يروه إلا الدراوردي، وحديث أبي ذر رواه مرقع الأسدي، فمن مرقع الأسدي، شاعر من أهل الكوفة، ولم يلق أبا ذر. فقيل له: أفليس قد روى الأعمش عن إبراهيم التيمي، عن أبيه، عن أبي ذر؟ قال: كانت متعة الحج لنا خاصة أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. قال: أفيقول بهذا أحد؟ المتعة في كتاب الله، وقد أجمع الناس على أنها جائزة. قال الجوزجاني: مرقع الأسدي ليس بمشهور، ومثل هذه الأحاديث في ضعفها وجهالة رواتها، لا تقبل إذا انفردت، فكيف تقبل في رد حكم ثابت بالتواتر، مع أن قول أبي ذر من رأيه، وقد خالفه من هو أعلم منه، وقد شذ به عن الصحابة، - رضي الله عنهم -، فلا يلتفت إلى هذا، وقد اختلف لفظه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٩

ففي أصح الطريقين عنه قوله مخالف لكتاب الله تعالى، وقول رسول الله، وإجماع المسلمين، وسنن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الثابتة الصحيحة، فلا يحل الاحتجاج به. وأما قياسهم في مقابلة قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلا يقبل، على أن قياس الحج على العمرة في هذا لا يصح، فإنه يجوز قلب الحج إلى العمرة في حق من فاته الحج، ومن حصر عن عرفة، والعمرة لا تصير حجا بحال. ولأن فسخ الحج إلى العمرة يصير به متمتعا، فتحصل الفضيلة، وفسخ العمرة إلى الحج يفوت الفضيلة، ولا يلزم من مشروعية ما يحصل به الفضيلة مشروعية تفويتها.". (١)

١٠٩. ١٠٩-"حديثا مرفوعا بوجه من الوجوه. وقال قوم: إنما أمر عمر بالتأذين للثانية؛ لأن الناس كانوا قد تفرقوا لعشائهم، فأذن لجمعهم، وكذلك ابن مسعود، فإنه يجعل العشاء بالمزدلفة بين الصلاتين.

[مسألة إن فاته الجمع مع الإمام بمزدلفة صلى ى وحده]

(٢٠٢١) مسألة: قال: (وإن فاته مع الإمام، صلى وحده) معناه أنه يجمع منفردا، كما يجمع مع الإمام. ولا خلاف في هذا؛ لأن الثانية منهما تصلى في وقتها، بخلاف العصر مع الظهر. وكذلك إن فرق بينهما، لم يبطل الجمع كذلك، ولما روى أسامة، قال: ثم أقيمت الصلاة، فصلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله، ثم أقيمت العشاء، فصلاها. وروى البخاري، عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: حج عبد الله، فأتينا إلى مزدلفة حين الأذان بالعتمة، أو قريبا من ذلك، فأمر رجلا، فأذن وأقام، ثم صلى المغرب، ثم صلى بعدها ركعتين، ثم دعا بعشائه، ثم أمر - أرى - فأذن، وأقام، ثم صلى العشاء، ثم قال: رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يفعله. ولأن الجمع متى كان في وقت الثانية لم يضر التفريق شيئا.

(٢٠٢٢) فصل: والسنة التعجيل بالصلاتين، وأن يصلي قبل حط الرحال؛ لما ذكرنا من حديث أسامة، وفي بعض ألفاظه، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقام للمغرب، ثم أناخ الناس في منازلهم، ولم يحلوا حتى أقام العشاء الآخرة، فصلى ثم حلوا» . رواه مسلم. والسنة أن لا تطوع بينهما. قال ابن المنذر: لا أعلمهم يختلفون في ذلك. وقد روي عن ابن مسعود أنه تطوع بينهما، ورواه عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٦٠

النبي - صلى الله عليه وسلم -.

ولنا، حديث أسامة وابن عمر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يصل بينهما» . وحديثهما أصح، وقد تقدم في ترك التفريق بينهما. (٢٠٢٣) فصل: فإن صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة ولم يجمع، خالف السنة، وصحت صلاته. وبه قال عطاء، وعروة، والقاسم بن محمد، وسعيد بن جبير، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو يوسف، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يجزئه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع بين الصلاتين، فكان نسكا، وقد قال: (خذوا عني مناسككم) . ولنا، أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما، جاز التفريق بينهما، كالظهر والعصر بعرفة، وفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - محمول على أنه الأولى والأفضل، ولئلا ينقطع سيره، ويبطل ما ذكروه بالجمع بعرفة.

[مسألة إذا صلى الفجر بمزدلفة وقف عند المشعر الحرام فدعا]

(٢٠٢٤) مسألة: قال: (فإذا صلى الفجر، وقف عند المشعر الحرام، فدعا)". (١)

١١٠. ١١٠-"من شعار الحج، فلا يقطع إلا بالشروع في الإحلال، وأوله رمي جمرة العقبة.

[مسألة يأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة]

(٢٠٣٠) مسألة: قال: (ويأخذ حصى الجمار من طريقه، أو من مزدلفة) إنما استحب ذلك لئلا يشتغل عند قدومه بشيء قبل الرمي، فإن الرمي تحية له، كما أن الطواف تحية المسجد، فلا يبدأ بشيء قبله. وكان ابن عمر يأخذ الحصى من جمع، وفعله سعيد بن جبير، وقال: كانوا يتزودون الحصى من جمع. واستحبه الشافعي.

وعن أحمد، قال: خذ الحصى من حيث شئت. وهو قول عطاء، وابن المنذر. وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن ابن عباس قال: «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غداة العقبة، وهو على ناقته: القط لي حصى. فلقطت له سبع حصيات من حصى الخذف، فجعل يقبضهن في كفه، ويقول: أمثال هؤلاء فارموا» . «ثم قال: أيها الناس، إياكم والغلو في الدين، فإنما أهلك من كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧٥

قبلكم الغلو في الدين» . رواه ابن ماجه. وكان ذلك بمنى، ولا خلاف في أنه يجزئه أخذه من حيث كان، والتقاط الحصى أولى من تكسيره؛ لهذا الخبر، ولأنه لا يؤمن في التكسير أن يطير إلى وجهه شيء يؤذيه.

ويستحب أن تكون الحصيات كحصى الخذف؛ لهذا الخبر، ولقول جابر في حديثه: كل حصاة منها مثل حصى الخذف. وروى سليمان بن عمرو بن الأحوص، عن أمه، قالت: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «يا أيها الناس، إذا رأيتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف» . رواه أبو داود. قال الأثرم: يكون أكبر من الحمص ودون البندق. وكان ابن عمر يرمي بمثل بعر الغنم. فإن رمى بحجر كبير، فقد روي عن أحمد أنه قال: لا يجزئه حتى يأتي بالحصى على ما فعل النبي – صلى الله عليه وسلم –. وذلك لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بهذا القدر، ونهى عن تجاوزه، والأمر يقتضي الوجوب، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأن الرمي بالكبير ربما آذى من يصيبه.

وقال بعض أصحابنا : يجزئه مع تركه للسنة؛ لأنه قد رمى بالحجر، وكذلك الحكم في الصغير.

[فصل يجزئ الرامي بكل ما يسمى حصى]

(٢٥٣١) فصل: ويجزئ الرامي بكل ما يسمى حصى، وهي الحجارة الصغار، سواء كان أسود أو أبيض أو أحمر، من المرمر، أو البرام، أو المرو، وهو الصوان، أو الرخام، أو الكذان، أو حجر المسن. وهو قول مالك، والشافعي.

وقال القاضي: لا يجزئ الرخام ولا البرام والكذان. ويقتضي قوله، أن لا يجزئ المرو ولا حجر المسن. وقال أبو حنيفة: يجوز بالطين والمدر، وما كان". (١)

١١١. ١١١–"أو فتل، أو عقص، فهو على ما نوى. يعني إن نوى الحلق فليحلق، وإلا فلا يلزمه. وقال أصحاب الرأي: هو مخير على كل حال؛ لأن ما ذكرناه يقتضي التخيير على العموم، ولم يثبت في خلاف ذلك دليل.

واحتج من نصر القول الأول، بأنه روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من لبد فليحلق» . وثبت عن عمر وابنه أنهما أمرا من لبد رأسه أن يحلقه. وثبت أن النبي – صلى الله عليه

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧٩

وسلم - لبد رأسه وأنه حلقه. والصحيح أنه مخير، إلا أن يثبت الخبر عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. وقول عمر وابنه قد خالفهما فيه ابن عباس، وفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - له لا يدل على وجوبه، بعدما بين لهم جواز الأمرين.

[فصل الحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة]

(٢٥٤٧) فصل: والحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة، في ظاهر مذهب أحمد، وقول الخرقي، وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وعن أحمد أنه ليس بنسك، وإنما هو إطلاق من محظور كان محرما عليه بالإحرام، فأطلق فيه عند الحل، كاللباس والطيب وسائر محظورات الإحرام.

فعلى هذه الرواية لا شيء على تاركه، ويحصل الحل بدونه. ووجهها أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بالحل من العمرة قبله، فروى «أبو موسى، قال: قدمت على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال لي: بم أهللت؟ . قلت: لبيك بإهلال كإهلال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. قال: أحسنت. فأمرني فطفت بالبيت، وبين الصفا والمروة، ثم قال لي: أحل» . متفق عليه. وعن جابر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما سعى بين الصفا والمروة، قال: من كان منكم ليس معه هدي فليحل، وليجعلها عمرة» رواه مسلم. وعن سراقة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا قدمتم فمن تطوف بالبيت، وبين الصفا والمروة، فقد حل، إلا من كان معه هدي» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني، في (المترجم) . ولأن ما كان محرما في الإحرام، إذا أبيح، كان إطلاقا من محظور، كسائر محرماته، والرواية الأولى أصح، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به، فروى ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لم يكن معه هدي، فليطف بالبيت، وبين الصفا والمروة، وليقصر، وليحلل» . وعن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أحلوا من إحرامكم بطواف بالبيت وبين الصفا والمروة، وقصروا» . وأمره يقتضي الوجوب. ولأن الله تعالى وصفهم به، بقوله سبحانه: ﴿محلقين رءوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧] . ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به، كاللبس وقتل الصيد، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ترحم على المحلقين ثلاثا، وعلى المقصرين مرة، ولو لم يكن من المناسك، لما دخله التفضيل، كالمباحات، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه فعلوه في جميع حجهم وعمرهم، ولم يخلوا به، ولو لم يكن نسكا لما داوموا عليه، بل لم يفعلوه إلا نادرا،

لأنه لم يكن من عادتهم،". (١)

١١٢. ١١٢-"الإحرام من الحل؛ لأن الإحرام ينبغي أن يجمع فيه بين الحل والحرم، فلو أبحنا لهذا الإحرام من الحرم لم يجمع بينهما؛ لأن أفعاله كلها تقع في الحرم، فأشبه المعتمر. وإذا أحرم من الحل، طاف للزيارة، وسعى إن كان لم يسع في حجه.

وإن كان سعى، طاف للزيارة، وتحلل. هذا ظاهر كلام الخرقي؛ لأن الذي بقي عليه بقية أفعال الحج، وإنما وجب عليه الإحرام ليأتي بها في إحرام صحيح. والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمة، أنه يعتمر، فيحتمل أنهم أرادوا هذا أيضا، وسموه عمرة؛ لأن هذا هو أفعال العمرة؛ ويحتمل أنهم أرادوا عمرة حقيقية، فيلزمه سعي وتقصير. والأول أصح؛ لما ذكرنا. وقول الخرقي: " يحرم من التنعيم ". لم يذكره لتعيين الإحرام منه، بل لأنه حل، فمن أحل وأحرم جاز كالمعتمر.

(٢٦٣٠) فصل: ولا فرق بين من حلق ومن لم يحلق، في أنه لا يفسد حجه بالوطء بعد الرمي، وعليه دم وإحرام من الحل. هذا ظاهر كلام أحمد، والخرقي ومن سميناه من الأئمة، لترتيبهم هذا الحكم على الوطء بعد مجرد الرمي، من غير اعتبار أمر زائد.

[فصل طاف للزيارة ولم يرم ثم وطئ]

(٢٦٣١) فصل: فإن طاف للزيارة، ولم يرم، ثم وطئ، لم يفسد حجه بحال؛ لأن الحج قد تم أركانه كلها، ولا يلزمه إحرام من الحل، فإن الرمي ليس بركن. وهل يلزمه دم؟ يحتمل أنه لا يلزمه شيء؛ لما ذكرنا، ويحتمل أنه يلزمه؛ لأنه وطئ قبل وجود ما يتم به التحلل، فأشبه من وطئ بعد الرمي وقبل الطواف.

[فصل فصل القارن إذا وطئ بعد الرمي لم يفسد حجه ولا عمرته]

(٢٦٣٢) فصل: والقارن كالمفرد؛ فإنه إذا وطئ بعد الرمي لم يفسد حجه، ولا عمرته؛ لأن الحكم للحج، ألا ترى أنه لا يحل من عمرته قبل الطواف، ويفعل ذلك إذا كان قارنا، ولأن الترتيب للحج دونها، والحج لا يفسد قبل الطواف، كذلك العمرة. وقال أحمد من وطئ بعد الطواف يوم النحر قبل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٨٧

أن يركع: ما عليه شيء. قال أبو طالب: سألت أحمد عن الرجل يقبل بعد رمي جمرة العقبة، قبل أن يزور البيت؟ قال: ليس عليه شيء، قد قضى المناسك. فعلى هذا، ليس عليه فيما دون الوطء في الفرج شيء.

[مسألة نسي الرمي إلى الليل]
(٢٦٣٣) مسألة: قال: (ومباح لأهل السقاية والرعاة، أن يرموا بالليل) تروى هذه اللفظة: " الرعاة " بضم الراء وإثبات الهاء، مثل الدعاة والقضاة. والرعاء، بكسر الراء والمد من غير هاء، وهما لغتان صحيحتان. قال الله تعالى: ﴿حتى يصدر الرعاء﴾ [القصص: ٢٣] . وفي بعض الحديث: «أرخص للرعاة أن يرموا يوما، ويدعوا يوما» . وإنما أبيح لهؤلاء الرمي بالليل؛". (١)

١١٣. ١١٣-"(٢٦٩٩) الفصل الرابع، أن الهدي يلزم من فاته الحج في أصح الروايتين. وهو قول من سمينا من الصحابة، والفقهاء، إلا أصحاب الرأي، فإنهم قالوا: لا هدي عليه. وهي الرواية الثانية عن أحمد؛ لأنه لو كان الفوات سببا لوجوب الهدي، للزم المحرم هديان؛ للفوات والإحصار.
ولنا، حديث عطاء، وإجماع الصحابة، ولأنه حل من إحرامه قبل إتمامه، فلزمه هدي، كالمحرم، لم يفت حجه، فإنه يحل قبل فواته. إذا ثبت هذا فإنه يخرج الهدي في سنة القضاء، إن قلنا بوجوب القضاء، وإلا أخرجه في عامه. وإذا كان معه هدي قد ساقه نحره، ولا يجزئه، إن قلنا بوجوب القضاء، بل عليه في السنة الثانية هدي أيضا. نص عليه أحمد، وذلك لحديث عمر الذي ذكرناه.
والهدي ما استيسر، مثل هدي المتعة؛ لحديث عمر. أيضا. والمتمتع، والمفرد، والقارن، والمكي وغيره، سواء فيما ذكرنا؛ لأن الفوات يشمل الجميع.

[فصل اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحج من قابل]
(٢٧٠٠) فصل: فإن اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحج من قابل، فله ذلك. روي ذلك عن مالك؛ لأن تطاول المدة بين الإحرام وفعل النسك لا يمنع إتمامه، كالعمرة، والمحرم بالحج في غير أشهره. ويحتمل أنه ليس له ذلك. وهو قول الشافعي، وأصحابالرأي، وابن المنذر، ورواية عن مالك؛

---
(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٢٦

لظاهر الخبر، وقول الصحابة – رضي الله عنهم –، ولأن إحرام الحج يصير في غير أشهره فصار كالمحرم بالعبادة قبل وقتها.

[فصل إذا فات القارن الحج]

(٢٧٠١) فصل: وإذا فات القارن الحج، حل، وعليه مثل ما أهل به من قابل. نص عليه أحمد. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق. ويحتمل أن يجزئه ما فعل عن عمرة الإسلام، ولا يلزمه إلا قضاء الحج؛ لأنه لم يفته غيره.

وقال أصحاب الرأي، والثوري: يطوف ويسعى لعمرته، ثم لا يحل حتى يطوف ويسعى لحجه. إلا أن سفيان قال: ويهرق دما. والوجه الأول أن يجب القضاء على حسب الأداء، في صورته ومعناه، فيجب أن يكون هاهنا كذلك، ويلزمه؛ هديان؛ هدي للقران، وهدي فواته. وبه قال مالك، والشافعي. وقيل: يلزمه هدي ثالث للقضاء. وليس بشيء، فإن القضاء لا يجب له هدي، وإنما يجب الهدي الذي في سنة القضاء للفوات، وكذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدي واحد. والله أعلم.

[فصل إذا أخطأ الناس العدد فوقفوا في غير ليلة عرفة]

(٢٧٠٢) فصل إذا أخطأ الناس العدد فوقفوا في غير ليلة عرفة، أجزأهم ذلك؛ لما روى الدارقطني. بإسناده، عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «يوم عرفة الذي يعرف فيه الناس. فإن اختلفوا، فأصاب بعض، وأخطأ بعض وقت الوقوف، لم يجزئهم؛". (١)

١١٤. ١١٤–"لأنهم غير معذورين في هذا» وروى أبو هريرة، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «فطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون» رواه الدارقطني وغيره.

[مسألة العبد لا يلزمه هدي]

(٢٧٠٣) مسألة؛ قال: (وإن كان عبدا، لم يكن له أن يذبح، وكان عليه أن يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما، ثم يقصر ويحل) يعني أن العبد لا يلزمه هدي؛ لأنه لا مال له، فهو عاجز عن الهدي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٦/٣

فلم يلزمه كالمعسر. وظاهر كلام الخرقي أنه لو أذن له سيده في الهدي لم يكن له أن يهدي، ولا يجزئه إلا الصيام وهذا قول الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي. ذكره ابن المنذر عنهم في الصيد. وعلى قياس هذا كل دم لزمه في الإحرام لا يجزئه عنه إلا الصيام.

وقال غير الخرقي: إن ملكه السيد هديا، وأذن له في ذبحه خرج على الروايتين. إن قلنا: إن العبد يملك بالتمليك. لزمه أن يهدي، ويجزئ عنه؛ لأنه قادر على الهدي، مالك له، فلزمه كالحر.

وإن قلنا: لا يملك. لم يجزئه إلا الصيام؛ لأنه ليس بمالك، ولا سبيل له إلى الملك، فصار كالمعسر الذي لا يقدر على غير الصيام. وإذا صام فإنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما. وينبغي أن يخرج فيه من الخلاف ما ذكرناه في الصيد، ومتى بقي من قيمتها أقل من مد صام عنه يوما كاملا؛ لأن الصوم لا يتبعض، فيجب تكميله، كمن نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار، لزمه صوم يوم كامل، والأولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام، كصوم المتعة، كما جاء في حديث عمر أنه قال لهبار بن الأسود: فإن وجدت سعة فأهد، فإن لم تجد سعة، فصم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجعت، إن شاء الله تعالى.

وروى الشافعي، في " مسنده " عن ابن عمر مثل ذلك. وأحمد ذهب إلى حديث عمر، واحتج به؛ لأنه صوم وجب لحله من إحرامه قبل إتمامه، فكان عشرة أيام كصوم المحرم. والمعسر في الصوم كالعبد، ولذلك قال عمر لهبار بن الأسود: إن وجدت سعة فأهد، فإن لم تجد فصم. ويعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب، وهو في سنة القضاء إن قلنا بوجوبه، أو في سنة الفوات إن قلنا لا يجب القضاء.

وقول الخرقي: " ثم يقصر ويحل ". يريد أن العبد لا يحلق هاهنا، ولا في موضع آخر؛ لأن الحلق إزالة الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته، وهو ملك لسيده، ولم يتعين إزالته، فلم يكن له إزالته. كغير حالة الإحرام. وإن أذن له السيد في الحلق جاز؛ لأنه إنما منع منه لحقه.

[مسألة المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة]

(٢٧٠٤) مسألة؛ قال: (وإذا أحرمت المرأة لواجب، لم يكن لزوجها منعها) وجملة ذلك أن المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب، أو العمرة الواجبة، وهي حجة الإسلام وعمرته، أو المنذور منهما، فليس لزوجها منعها من المضي فيها، ولا تحليلها، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم أحمد والنخعي، وإسحاق،

وأصحابالرأي، والشافعي في أصح القولين له، وقال في الآخر: له منعها.". (١)

١١٥. ١١٥-"الثاني، أن يوجبه بلسانه، فيقول: هذا هدي. أو يقلده أو يشعره، ينوي بذلك إهداءه، فيصير واجبا معينا، يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه، ويصير في يدي صاحبه كالوديعة، يلزمه حفظه وإيصاله إلى محله، فإن تلف بغير تفريط منه، أو سوق، أو ضل، لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يجب في الذمة، إنما تعلق الحق بالعين، فسقط بتلفها، كالوديعة.

وقد روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عمر - رضي الله عنهما -، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من أهدى تطوعا، ثم ضلت، فليس عليه البدل، إلا أن يشاء، فإن كان نذرا، فعليه البدل» .

وفي رواية، قال: «من أهدى تطوعا، ثم عطب فإن شاء أبدل، وإن شاء أكل، وإن كان نذرا فليبدل» . فأما إن أتلفه، أو تلف بتفريطه، فعليه ضمانه؛ لأنه أتلف واجبا لغيره، فضمنه، كالوديعة.

وإن خاف عطبه، أو عجز عن المشي وصحبة الرفاق، نحره موضعه، وخلى بينه وبين المساكين، ولم يبح له أكل شيء منه، ولا لأحد من صحابته، وإن كانوا فقراء، ويستحب له أن يضع نعل الهدي المقلد في عنقه في دمه، ثم يضرب به صفحته، ليعرفه الفقراء، فيعلموا أنه هدي، وليس بميتة، فيأخذوه. وبهذا قال الشافعي، وسعيد بن جبير. وروي عن ابن عمر أنه أكل من هديه الذي عطب، ولم يقض مكانه.

وقال مالك: يباح لرفقته، ولسائر الناس، غير صاحبه أو سائقه، ولا يأمر أحدا يأكل منه، فإن أكل، أو أمر من أكل، أو حز شيئا من لحمه، ضمنه. واحتج ابن عبد البر لذلك، بما روى هشام بن عروة، عن أبيه، عن ناجية بنت كعب، صاحب بدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «يا رسول الله، كيف أصنع بما عطب من الهدي؟ قال: انحره، ثم اغمس قلائده في دمه، ثم اضرب بها صفحة عنقه، ثم خل بينه وبين الناس» . قال: وهذا أصح من حديث ابن عباس، وعليه العمل عند الفقهاء. ويدخل في عموم قوله: " وخل بينه وبين الناس ". رفقته وغيرهم.

ولنا، ما روى ابن عباس، أن ذؤيبا أبا قبيصة حدثه «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يبعث معه البدن، ثم يقول: إن عطب منها شيء، فخشيت عليها، فانحرها، ثم اغمس نعلها في دمها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٥٧

ثم اضرب به صفحتها، ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك» . رواه مسلم. وفي لفظ رواه الإمام أحمد: «ويخليها والناس، ولا يأكل منها هو ولا أحد من أصحابه» . وقال سعيد حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن أبي التياح، عن موسى بن سلمة، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «، أنه بعث بثماني عشرة بدنة مع رجل، وقال: إن ازدحف عليك منها شيء، فانحرها، ثم اصبغ نعلها في دمها،". (١)

١١٦. ١١٦-"في المجلس الذي يزول عنه فيه الإكراه، حتى يفارقه.

وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما؛ لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له، فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه. وذكر ابن عقيل من صور الإكراه، ما لو رأيا سبعا أو ظالما خشياه، فهربا فزعا منه، أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما.

(٢٧٥٥) فصل: وإن خرس أحدهما، قامت إشارته مقام لفظه، فإن لم تفهم إشارته، أو جن، أو أغمي عليه، قام وليه من الأب، أو وصيه، أو الحاكم، مقامه، وهذا مذهب الشافعي. وإن مات أحدهما بطل خياره؛ لأنه قد تعذر منه الخيار، والخيار لا يورث. وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضا؛ لأنه يبطل بالتفرق، والتفرق بالموت أعظم، ويحتمل أن لا يبطل؛ لأن التفرق بالأبدان لم يحصل. فإن حمل الميت بطل الخيار؛ لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معا.

(٢٧٥٦) فصل: وقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله» . رواه النسائي، والأثرم، والترمذي، وقال: حديث حسن. وقوله: " إلا أن تكون صفقة خيار ". يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار، فإنه لا يلزم بتفرقهما، ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه؛ لكونه ثابتا بعد تفرقهما. ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار، فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق. وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم، فإنه ذكر له فعل ابن عمر، وحديث عمرو بن شعيب، فقال: هذا الآن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -، وهذا اختيار أبي بكر.

وذكر القاضي، أن ظاهر كلام أحمد، جواز ذلك؛ لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٢/٣

صاحبه. متفق عليه. والأول **أصح**؛ لأن قول النبي – صلى الله عليه وسلم – يقدم على فعل ابن عمر. والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا، ولو علمه لما خالفه.

(٢٧٥٧) الفصل الثالث: أن ظاهر كلام الخرقي أن الخيار يمتد إلى التفرق، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده، وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأن أكثر الروايات عن النبي – صلى الله عليه وسلم –: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» . من غير تقييد، ولا تخصيص، هكذا رواه حكيم بن حزام، وأبو برزة، وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير. اختارها الشريف بن أبي موسى، وهذا مذهب الشافعي، وهو **أصح**؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عمر: «فإن خير أحدهما صاحبه،". (١)

.١١٧ ١١٧-"[فصل شرط الخيار لأجنبي]

(٢٧٨١) فصل: وإن شرط الخيار لأجنبي، صح، وكان اشتراطا لنفسه، وتوكيلا لغيره، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك. وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما، لا يصح، وكذلك قال القاضي: إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني. لم يصح؛ لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره، فلا يكون لمن لا حظ له فيه.

وإن جعل الأجنبي وكيلا، صح. ولنا، أن الخيار يعتمد شرطهما، ويفوض إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما، وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «المسلمون على شروطهم» . فعلى هذا، يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ.

ولو كان المبيع عبدا، فشرط الخيار له، صح، سواء شرطه له البائع، أو المشتري؛ لأنه بمنزلة الأجنبي.

وإن كان العاقد وكيلا، فشرط الخيار لنفسه، صح، فإن النظر في تحصيل الحظ مفوض إليه. وإن شرطه للمالك، صح؛ لأنه هو المالك، والحظ له. وإن شرطه لأجنبي، لم يصح؛ لأنه ليس له أن يوكل غيره، ويحتمل الجواز، بناء على الرواية التي تقول: للوكيل التوكيل.

[فصل قال بعتك على أن أستأمر فلانا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٨٥

(٢٧٨٢) فصل: ولو قال: بعتك على أن أستأمر فلانا. وحدد ذلك بوقت معلوم، فهو خيار، صحيح، وله الفسخ قبل أن يستأمره؛ لأنا جعلنا ذلك كناية على الخيار، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وإن لم يضبطه بمدة معلومة، فهو خيار مجهول، حكمه حكمه.

[فصل شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة]

(٢٧٨٣) فصل: وإن شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة، اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين. والآخر، من حين التفرق؛ لأن الخيار ثابت في المجلس حكما، فلا حاجة إلى إثباته بالشرط. ولأن حالة المجلس كحالة العقد، لأن لهما فيه الزيادة والنقصان، فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه. والأول **أصح**؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد، فكان ابتداؤها منه، كالأجل. ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار، فيجب أن يتعقبه حكمه، كالملك في البيع. ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق، أدى إلى جهالته؛ لأننا لا نعلم متى يتفرقان، فلا نعلم متى ابتداؤه، ولا متى انتهاؤه. ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين، كتحريم الوطء بالصيام والإحرام والظهار، وعلى هذا، لو شرطا ابتداءه من حين التفرق، لم يصح لذلك، إلا". (١)

١١٨. ١١٨-"الخبز، فدق، وجعل فتيتا، بيع بمثله كيلا؛ لأنه أمكن كيله، فرد إلى أصله. وقال ابن عقيل: فيه وجه آخر، أنه يباع بالوزن؛ لأنه انتقل إليه. النوع الثاني، ما فيه غيره مما هو مقصود، كالهريسة، والخزيرة، والفالوذج، وخبز الأبازير، والخشكنانج، والسنبوسك، ونحوه، فلا يجوز بيع بعضه ببعض، ولا بيع نوع بنوع آخر؛ لأن كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه، وهو مقصود، كاللحم في الهريسة، والعسل في الفالوذج والماء، والدهن في الخزيرة. ويكثر التفاوت في ذلك، فلا يتحقق التماثل فيه. وإذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد، ففي النوعين أولى.

[فصل الحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة]

فصل: والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة. ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها؛ لعدم اشتراط المماثلة بينهما. والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠٠

[مسألة اللحم كله جنس واحد]

(٢٨٢٧) مسألة؛ قال: (وسائر اللحمان جنس واحد) أراد جميع اللحم، وجمعه - وهو اسم جنس - لاختلاف أنواعه. ظاهر كلام الخرقي، أن اللحم كله جنس واحد، وذكره أبو الخطاب، وابن عقيل، رواية عن أحمد. وهو قول أبي ثور، وأحد قولي الشافعي.

وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد، وقال: الأنعام، والوحوش، والطير، ودواب الماء، أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة، وإنما في اللحم روايتان؛ إحداهما، أنه أربعة أجناس، كما ذكرنا. وهو مذهب مالك، إلا أنه يجعل الأنعام، والوحش جنسا واحدا، فيكون عنده ثلاثه أصناف.

والثانية، أنه أجناس باختلاف أصوله، وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وهي **أصح**؛ لأنها فروع أصول هي أجناس، فكانت أجناسا، كالأدقة، والأخباز.

وهذا اختيار ابن عقيل. واختيار القاضي أنها أربعة أجناس. وحمل كلام الخرقي عليها، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها، والقصد إلى أكلها، فكانت أجناسا.

وهذا ضعيف جدا؛ لأن كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة أجناس، ولا نظير لهذا، فيقاس عليه. ولا يصح حمل كلام الخرقي عليه؛ لعدم احتمال لفظه له، وتصريحه في الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الأنعام، أو الطائر، أو السمك، حنث. فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس؛ لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه، فكان جنسا واحدا، كالطلع، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله.

وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر". (١)

١١٩. ١١٩-"وكره مالك ذلك، إلا أن يتماثلا. وظاهر المذهب، إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنهما جنسان، فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة. وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح؛ لأن الشحم لا يظهر، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود، فلا يمنع البيع، ولو منع لذلك، لم يجز بيع لحم بلحم؛ لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه. ثم لا يصح هذا عند القاضي؛ لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده، فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم. وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣/٤

هو والأحمر جنس واحد، وأن الألية والشحم جنسان.
وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا؛ لقوله: إن اللحم لا يخلو من شحم، ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم، فعلى قوله، كل أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهنا، فهو جنس واحد. وهذا أصح؛ لقوله تعالى: ﴿حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما﴾ [الأنعام: ١٤٦] . فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم، ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده، فكان شحما، كالذي في البطن.

[فصل بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا]
(٢٨٣١) فصل: وفي اللبن روايتان؛ إحداهما، هو جنس واحد؛ لما ذكرنا في اللحم. والثانية، هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم. وهذا مذهب الشافعي. وبه قال مالك؛ لأن الأنعام كلها جنس واحد.
وقال ابن عقيل: لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها؛ لأن اسم البقر يشملهما. وليس بصحيح؛ لأن لحمهما جنسان، فكان لبنهما جنسين، كالإبل والبقر. ويجوز بيع اللبن بغير جنسه، متفاضلا، وكيف شاء، يدا بيد، وبجنسه متماثلا كيلا. قال القاضي: هو مكيل لا يباع إلا بالكيل؛ لأنه العادة فيه.
ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين، أو أحدهما حليب، والآخر حامض؛ لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع، كالجودة والرداءة. وإن شيب أحدهما بماء، أو غيره، لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه؛ لأن معه من غير جنسه لغير مصلحته.

[فصل بيع اللبن بالزبد]
فصل: ويتفرع من اللبن قسمان؛ ما ليس فيه غيره كالزبد، والسمن، والمخيض، واللبأ. وما فيه غيره. وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن؛ لأنه مستخرج من اللبن، فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه، كالحيوان باللحم، والسمسم بالشيرج. وهذا مذهب الشافعي.
وعن أحمد، أنه يجوز بيع اللبن بالزبد، إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن. وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا، ومنع جوازه متماثلا. قال القاضي: وهذه الرواية لا تخرج على المذهب؛ لأن الشيئين إذا دخلهما الربا، لم يجز بيع أحدهما بالآخر، ومعه من غير جنسه، كمد عجوة ودرهم بمدين.

والصحيح أن هذه الرواية". (١)

١٢٠. ١٢٠-"أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل، ولا يجوز جزافا. لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا؛ لما روى زيد بن ثابت، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا.» متفق عليه ولمسلم، أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا. ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين، سقط في أحدهما للتعذر، فيجب في الآخر بقضية الأصل. ولأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر، وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر، ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر، صحته مع كثرته.

ومعنى خرصها بمثلها من التمر، أن يطيف الخارص بالعرية، فينظر كم يجيء منها تمرا، فيشتريها المشتري بمثلها تمرا. وبهذا قال الشافعي. ونقل حنبل عن أحمد، أنه قال: يخرصها رطبا، ويعطي تمرا رخصة. وهذا يحتمل الأول، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها؛ لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع. ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال، وأن لا يباع الرطب بالتمر. خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر، فيبقى فيما عداه على قضية الدليل.

وقال القاضي: الأول أصح؛ لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح، ثم خرصه تمرا. ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار، وبيع الرطب بمثله تمرا يفضي إلى فوات ذلك. فأما إن اشتراها بخرصها رطبا، لم يجز. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. والثاني يجوز. والثالث، لا يجوز مع اتفاق النوع، ويجوز مع اختلافه.

ووجه جوازه، ما روى الجوزجاني، عن أبي صالح، عن الليث، عن ابن شهاب، عن سالم، عن ابن عمر، عن زيد بن ثابت، «عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب، أو التمر، ولم يرخص في غير ذلك.» ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال، فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى. ولنا، ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا.» وعن سهل بن أبي حثمة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة. إلا أنه رخص في العرية، النخلة والنخلتين، يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا،

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥

يأكلونها رطبا.»

ولأنه مبيع يجب فيه مثله تمرا، فلم يجز بيعه بمثله رطبا، كالتمر الجاف. ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده، وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري، على ما أسلفناه.

وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر، فلا يجوز العمل به مع الشك، سيما وهذه الأحاديث تبينه، وتزيل الشك.

[فصل يشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس]

(٢٨٧١) فصل: ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس. وهذا قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفا؛ لأنه بيع تمر بتمر، فاعتبر فيه شروطه، إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا.". (١)

١٢١. ١٢١-"لأنه إن أطلق بطل، للنهي عن بيع المخاضرة، وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله.

وإن كانت الأرض للمقر، احتمل أن يصح، واحتمل أن لا يصح، بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعا أخضر في أرض مملوكة له، ولو كانت الأرض لرجل، والزرع لآخر، فقال أحدهما: صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك، فيكون الزرع والأرض بيننا نصفين. فإن كان بعد اشتداد حبه جاز؛ لأنه يجوز بيعه، وإن كان قبل ذلك، فهل يجوز؟ على وجهين؛ بناء على بيع الزرع من مالك الأرض، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض، ويشتري منه نصف الأرض التي له فيها الزرع، وإن شرطا في البيع أن يقطعا الزرع جميعه، ويسلم الأرض فارغة، ففيه وجهان أيضا؛ أحدهما، يصح؛ لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفريغ الأرض منه، واحتمل أن يبطل؛ لأن صاحب الأرض باعه نصف الأرض بشرط قطع زرع غيره؛ ليسلم إليه أرضه. وإن قلنا: يصح. لم يلزم الوفاء بالشرط؛ لأن كل واحد منهما حصل زرعه في أرضه، فلم يلزمه قطعه.

[فصل اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعا]

(٢٩٠١) فصل: وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها، أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨/٤

مشاعا، لم يجز، سواء اشتراه من رجل، أو من أكثر منه، وسواء شرط القطع، أو لم يشرطه؛ لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه، فلم يصح اشتراطه.

[فصل القطن ضربان]

(٢٩٠٢) فصل: والقطن ضربان؛ أحدهما، ما له أصل يبقى في الأرض أعواما، كالشجر تتكرر ثمرته، فهذا حكمه حكم الشجر، في أنه يصح إفراده بالبيع، وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل في البيع، وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري. والثاني، ما يتكرر زرعه كل عام، فحكمه حكم الزرع، ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا، لم يقو ما فيه، لم يجز بيعه إلا بشرط القطع، كالزرع الأخضر، وإن قوي جوزه واشتد، جاز بيعه بشرط التبقية، كالزرع الذي اشتد حبه، وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع. والباذنجان نوعان؛ أحدهما، ما له شجر تبقى أصوله وتتكرر ثمرته، فهو كالشجر. والثاني، ما يتكرر زرعه كل عام، فهو كالحنطة والشعير.

[مسألة اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها]

(٢٩٠٣) مسألة؛ قال: فإن تركها حتى يبدو صلاحها، بطل البيع اختلفت الرواية عن أحمد، – رحمه الله –، في من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، فتركها حتى بدا صلاحها، فنقل عنه حنبل، وأبو طالب: أن البيع يبطل. قال القاضي: هي **أصح**. فعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع، ويأخذ الثمن. ونقل أحمد بن سعيد، أن البيع لا يبطل. وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن". (١)

١٢٢. ١٢٢–"ولو قال: أشركني فيه. أو قال: الشركة فيه. فقال: أشركتك. أو قال: ولني ما اشتريت. ولم يذكر الثمن، صح إذا كان الثمن معلوما؛ لأن الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن، والتولية ابتياعه بمثل الثمن، فإذا أطلق اسمه انصرف إليه، كما لو قال: أقلني. فقال: أقلتك. وفي حديث عن زهرة بن معبد، «أنه كان يخرج به عبد الله بن هشام إلى السوق، فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر وابن الزبير، فيقولان له: أشركنا؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – دعا لك بالبركة. فيشركهم، فربما أصاب الراحلة كما هي، فيبعث بها إلى المنزل.» ذكره البخاري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٥/٤

ولو اشترى شيئا، فقال له رجل: أشركني فأشركه انصرف إلى نصفه؛ لأنها بإطلاقها تقتضي التسوية. فإن اشترى اثنان عبدا فاشتركا فيه، فقال لهما رجل: أشركاني فيه. فقالا: أشركناك. احتمل أن يكون له النصف؛ لأن اشتراكهما لو كان من كل واحد منهما منفردا كان له النصف، فكذلك حال الاجتماع. ويحتمل أن يكون له الثلث؛ لأن الاشتراك يفيد التساوي، ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثا. وهذا **أصح**؛ لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف؛ لحصول التسوية به.

وإن شركه كل واحد منهما منفردا، كان له النصف، ولكل واحد منهما الربع. وإن قال: أشركاني فيه. فشركه أحدهما، فعلى الوجه الأول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع، وعلى الآخر له السدس؛ لأن طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما؛ ليكون مساويا لهما. فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه. وإن قال له أحدهما: أشركناك. انبنى على تصرف الفضولي. فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه. فأجازه، فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه؟ على الوجهين

ولو قال لأحدهما: أشركني في نصف هذا العبد فأشركه، فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه، فأجازه. فله نصف العبد، ولهما نصفه، وإلا فله نصف حصة الذي شركه. وإن اشترى عبدا فلقيه رجل، فقال: أشركني في هذا العبد. فقال: قد أشركتك. فله نصفه. فإن لقيه آخر فقال: أشركني في هذا العبد. وكان عالما بشركة الأول، فله ربع العبد، وهو نصف حصة الذي شركه؛ لأن طلبه للإشراك رجع إلى ما ملكه المشارك. وهو النصف، فيكون بينهما.

وإن لم يعلم بشركة الأول، فهو طالب لنصف العبد؛ لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة. فإذا قال له: أشركتك فيه. احتمل ثلاثة أوجه:". (١)

١٢٣. ١٢٣-"إليه كان له الفسخ.

فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه، فأشبه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن. (٢٩٨١) فصل: وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة، فبانت أحد عشر، رد الزائد، ولا خيار له هاهنا؛ لأنه لا ضرر في الزيادة، وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالكيل، فإذا كالها

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٠/٤

فوجدها قدر حقه، أخذها، وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن كانت ناقصة، أخذها بقسطها من الثمن، وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة؟ على وجهين؛ أحدهما، له الخيار. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه وجد المبيع ناقصا، فكان له الفسخ، كغير الصبرة، وكنقصان الصفة. الثاني، لا خيار له؛ لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل، بخلاف غيره.

[فصل باع الأدهان في ظرفها جملة وقد شاهدها]

(٢٩٨٢) فصل: إذا باع الأدهان في ظرفها جملة، وقد شاهدها، جاز؛ لأن أجزاءها لا تختلف، فهو كالصبرة. وكذلك الحكم في العسل، والدبس، والخل، وسائر المائعات التي لا تختلف. وإن باعه كل رطل بدرهم، أو باعه رطلا منها، أو أرطالا معلومة يعلم أن فيها أكثر منها أو باعة جزءا مشاعا، أو أجزاء، أو باعه إياه مع الظرف بعشرة دراهم، أو بثمن معلوم، جاز.

وإن باعه السمن والظرف، كل رطل بدرهم، وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما، صح؛ لأنه قد علم المبيع والثمن. فإن لم يعلما ذلك، جاز أيضا؛ لأنه قد رضي أن يشتري الظرف، كل رطل بدرهم، وما فيه كذلك، فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن في الآخر زيت، كل رطل بدرهم.

وقال القاضي: لا يصح؛ لأن وزن الظرف يزيد وينقص، فيدخل على غرر. والأول **أصح**؛ لأن بيع كل واحد منهما متفردا يصح لذلك. فكذلك إذا جمعهما، كالأرض المختلفة الأجزاء، والثياب وغيرها.

وأما إن باعه كل رطل بدرهم، على أن يزن الظرف، فيحتسب عليه بوزنه، ولا يكون مبيعا، وهما يعلمان زنة كل واحد منهما، صح؛ لأنه إذا علم أن الدهن عشرة والظرف رطلا، كان معناه: بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهما. وإن كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن، لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال. وسواء جهلا زنتهما جميعا، أو زنة أحدهما؛ لذلك.

[فصل في من وجد في ظرف السمن ربا]

(٢٩٨٣) فصل: وإن وجد في ظرف السمن ربا، فقال ابن المنذر: قال أحمد وإسحاق: إن كان سمانا، وعنده سمن أعطاه بوزنه سمنا، وإن لم يكن عنده سمن، أعطاه بقدر الرب من الثمن. وألزمه شريح". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠١

١٢٤. ١٢٤-"على موكله، كخيار الشرط. وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي: لا يقبل إقرار الوكيل بذلك. وهو أصح؛ لأنه إقرار على الغير، فلم يقبل، كالأجنبي، فإذا رده المشتري على الوكيل، لم يملك الوكيل رده على الموكل؛ لأنه رده بإقراره، وهو غير مقبول على غيره. ذكره القاضي.

فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه، فنكل عنها، فرد عليه بنكوله، فهل له رده على الموكل؟ على وجهين؛ أحدهما، ليس له رده؛ لأن ذلك يجري مجرى إقراره. والثاني، له رده؛ لأنه يرجع إليه بغير اختياره، أشبه ما لو قامت به بينة.

[فصل اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري إنما هي ثيب]

(٣٠٣٠) فصل: ولو اشترى جارية على أنها بكر، ثم قال المشتري: إنما هي ثيب. أريت النساء الثقات، ويقبل قول امرأة ثقة. فإن وطئها المشتري، وقال: ما أصبتها بكرا. خرج فيه وجهان، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث.

[فصل رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعته]

(٣٠٣١) فصل: وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها، فأنكر البائع كونها سلعته، فالقول قول البائع مع يمينه. وبه قال أبو ثور، وأصحابالرأي. ونحوه قال الأوزاعي، فإنه قال في من صرف دراهم بدنانير، ثم رجع بدرهم، فقال الصيرفي: ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي: بالله لقد وفيتكه، ويبرأ؛ لأن البائع منكر كون هذه سلعته، ومنكر لاستحقاق الفسخ، والقول قول المنكر. فأما إن جاء ليرد السلعة بخيار، فأنكر البائع أنها سلعته، فحكى ابن المنذر عن أحمد، أن القول قول المشتري. وهو قول الثوري، وإسحاق، وأصحابالرأي؛ لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد، والرد بالعيب بخلافه.

[مسألة اشترى شيئا مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا]

(٣٠٣٢) مسألة؛ قال: (وإذا اشترى شيئا، مأكوله في جوفه، فكسره، فوجده فاسدا، فإن لم يكن لمكسوره قيمة، كبيض الدجاج، رجع بالثمن على البائع، وإن كان لمكسوره قيمة، كجوز الهند، فهو مخير في الرد وأخذ الثمن، وعليه أرش الكسر، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه) وجملة ذلك، أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره، كالبطيخ، والرمان، والجوز، والبيض، فكسره فبان عيبه، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يرجع على البائع بشيء، وهو مذهب مالك؛ لأنه ليس من البائع تدليس، ولا

تفريط؛ لعدم معرفته بعيبه، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره، فجرى مجرى البراءة من العيوب. والثانية، يرجع عليه. وهي ظاهر المذهب، وقول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، فإذا بان معيبا، ثبت له الخيار، ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب،". (١)

١٢٥. ١٢٥-"به، لم يرجع بشيء؛ لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه. فإن اختار المشتري فداءه، فله ذلك، والبيع بحاله؛ لأنه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه. فإن كانت الجناية موجبة للقصاص، فللمشتري الخيار، بين الرد وأخذ الأرش، فإن اقتص منه تعين الأرش، وهو قسط قيمته ما بينه جانيا وغير جان، ولا يبطل البيع من أصله. وبهذا قال أصحاب الشافعي.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: يرجع بجميع الثمن؛ لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع، فجرى مجرى إتلافه إياه. ولنا، أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن، كما لو كان مريضا، فمات بدائه، أو مرتدا، فقتل بردته، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه، ولا يصح قياسهم على إتلافه؛ لأنه لم يتلفه، فما اشتركا في المقتضي.

ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده، فقطعت عند المشتري، فقد تعيب في يده؛ لأن استحقاق القطع دون حقيقته، فهل يمنع ذلك رده بعيبه؟ على روايتين. ومتى اشتراه عالما بعيبه، لم يكن له رده؛ ولا أرش، كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعي. (٣٠٣٦) فصل: وحكم المرتد حكم القاتل، في صحة بيعه، وسائر أحكامه المذكورة فيه، فإن قتله غير متحتم؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام. وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه، فإن لم يتب حتى قدر عليه، فقال أبو الخطاب: هو كالقاتل في غير محاربة؛ لأنه عبد قن، يصح إعتاقه، ويملك استخدامه، فصح بيعه، كغير القاتل، ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله، ويعتقه فينجر به ولاء أولاده، فجاز بيعه، كالمريض المأيوس من برئه.

وقال القاضي: لا يصح بيعه؛ لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته، وحرم إبقاؤه، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع، كالمنفعة الحاصلة من الميتة؛ لسد بثق، أو إطعام كلب، والأول **أصح**، فإنه كان محلا للبيع، والأصل

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٦

بقاء ذلك فيه، وانحتام إتلافه لا يجعله تالفا؛ بدليل أن أحكام الحياة، من التكليف وغيره، لا تسقط عنه، ولا تثبت أحكام الموتى له، من إرث ماله، ونفوذ وصيته وغيرها، ولأن خروجه عن حكم الأصل، لا يثبت إلا بدليل، ولا نص في هذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات؛ لأن تلك لم تكن فيها منفعة، فيما مضى، ولا في الحال، وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله؛ لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الإقرار، وإن كان ثبت به، أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله، فأكثر ما فيه تحقق تلفه، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه، وبيعه جائز.

[مسألة باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به]

(٣٠٣٧) مسألة؛ قال: (ومن باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، إذا كان قصده للعبد لا للمال)". (١)

١٢٦. ١٢٦-"وجملة ذلك، أن السيد إذا باع عبده، أو جاريته، وله مال ملكه إياه مولاه، أو خصه به، فهو للبائع؛ لما روى ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من باع عبدا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع.» رواه مسلم، وأبو داود، وابن ماجه. ولأن العبد وماله للبائع، فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره، كما لو كان له عبدان فباع أحدهما.

وإن اشترطه المبتاع كان له؛ للخبر، وروى ذلك نافع، عن ابن عمر، عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وقضى به شريح، وبه قال عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق. قال الخرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال. هذا منصوص أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وعثمان البتي. ومعناه، أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك، صح اشتراطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوما أو مجهولا، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر.

قال البتي: إذا باع عبدا بألف درهم، ومعه ألف درهم، فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم؛ وذلك لأنه دخل في البيع تبعا غير مقصود، فأشبه أساسات الحيطان، والتمويه بالذهب في السقوف، فأما إن كان المال مقصودا بالشراء، جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع، من العلم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٤

به، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين؛ لأنه مبيع مقصود، فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما.

وقال القاضي: هذا ينبني على كون العبد يملك أو لا يملك، فإن قلنا: لا يملك. فاشترط المشتري ماله صار مبيعا معه، فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات. وهذا مذهب أبي حنيفة. وإن قلنا: يملك. احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل؛ لأنه تبع في البيع لا أصل، فأشبه طي الآبار. وهذا خلاف نص أحمد وقول الخرقي؛ لأنهما جعلا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره، وهو أصح إن شاء الله تعالى، واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود، كما ذكرنا، كاللبن في ضرع الشاة المبيعة، والحمل في بطنها، والصوف على ظهرها، وأشباه ذلك، فإنه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها، لما ذكرنا.

وقد قيل: إن المال ليس بمبيع هاهنا، وإنما استبقاء المشتري على ملك العبد لا يزول عنه إلى البائع. وهو قريب من الأول.

[فصل اشترى عبدا واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة]

(٣٠٣٨) فصل: وإذا اشترى عبدا، واشترط ماله، ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة، رد ماله معه. وقال داود: يرد العبد دون ماله؛ لأن ماله لم يدخل في البيع، فأشبه النماء الحادث عنده. ولنا أنه عين مال أخذها المشتري، لا تحصل بدون البيع، فيردها بالفسخ، كالعبد، ولأن العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر، فأخذ ماله ينقص قيمته، فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه.". (١)

١٢٧. ١٢٧-"فإن تلف ماله، ثم أراد رده، فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري، هل يمنع الرد؟ على روايتين، فإن قلنا: يرده. فعليه قيمة ما أتلف.

قال أحمد: في رجل اشترى أمة معها قناع، فاشترطه، وظهر على عيب، وقد تلف القناع: غرم قيمته بحصته من الثمن. (٣٠٣٩) فصل: وما كان على العبد أو الجارية من الحلي، فهو بمنزلة ماله، على ما ذكرنا. فأما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه عند البائع، فهو للمشتري، وإن كانت ثيابا يلبسها فوق ثيابه، أو شيئا يزينه به، فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع. يعني أن الثياب التي يلبسها عادة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٠

للخدمة والبذلة، تدخل في البيع، دون الثياب التي يتجمل بها؛ لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه، ولأنها تتعلق بها مصلحته وحاجته، إذ لا غناء له عنها، فجرت مجرى مفاتيح الدار، بخلاف ثياب الجمال، فإنها زيادة على العادة، ولا تتعلق بها حاجة العبد، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها، وهذه حاجة السيد، لا حاجة العبد، ولم تجر العادة بالمسامحة فيها، فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركبه عليها، مع دخولها في الخبر، وبقائها على الأصل. وقال ابن عمر: من با ع وليدة، زينها بثياب، فللذي اشتراها ما عليها، إلا أن يشترطه الذي باعها.

وبه قال الحسن، والنخعي ولنا، الخبر الذي رواه ابن عمر. ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع، ولا جرت العادة ببيعها معه، أشبه سائر مال البائع. ولأنه زينة للمبيع، فأشبه ما لو زين الدار ببساط أو ستر.

[فصل لا يملك العبد شيئا إذا لم يملكه سيده]

(٣٠٤٠) فصل: ولا يملك العبد شيئا، إذا لم يملكه سيده. في قول عامة أهل العلم. وقال أهل الظاهر: يملك؛ لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ [البقرة: ٢٩] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من با ع عبدا وله مال» . فأضاف المال إليه فاللام التمليك.

ولنا، قوله تعالى ﴿ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] . ولأن سيده يملك عينه ومنافعه، فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده، كبهيمته. فأما إن ملكه سيده شيئا، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يملكه. وهو ظاهر قول الخرقي؛ فإنه قال: والسيد يزكي عما في يد عبده؛ لأنه مالكه. وقال: والعبد لا يرث، ولا مال له فيورث عنه. وهو اختيار أبي بكر، وقول أبي حنيفة، والثوري، وإسحاق، والشافعي في الجديد؛ لأنه مملوك، فلم يملك، كالبهيمة.

والثاني، يملك. وهي أصح عندي. وهو قول مالك، والشافعي في القديم؛ للآية والخبر، ولأنه آدمي حي، فملك كالحر، ولأنه يملك في النكاح، فملك في المال كالحر، ولأنه يصح الإقرار له، فأشبه الحر، وما ذكروه تعليل بالمانع، ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الأصل، ولم يوجد". (١)

١٢٨. ١٢٨-"وقال أبو حنيفة: لا يجوز استحسانا لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية، ولأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا، فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول. وهذا أصح. إن شاء الله تعالى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣١

(٣٠٤٣)

فصل وهذه المسألة تسمى مسألة العينة. قال الشاعر

أندان أم نعتان أم ينبري لنا ... فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله: نعتان. أي نشتري عينة مثلما وصفنا. وقد روى أبو داود، بإسناده عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم» . وهذا وعيد يدل على التحريم. وقد روي عن أحمد أنه قال العينة أن يكون عند الرجل المتاع، فلا يبيعه إلا بنسيئة، فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس. وقال: أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد. وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا، فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل.

ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعا، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا، ولا يكره إلا أن لا يكون له تجارة غيره. .

[فصل باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة]

(٣٠٤٤) فصل وإن باع سلعة بنقد، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة، فقال أحمد، في رواية حرب: لا يجوز ذلك إلا أن يغير السلعة؛ لأن ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا، فأشبه مسألة العينة فإن اشتراها بنقد آخر، أو بسلعة أخرى، أو بأقل من ثمنها نسيئة، جاز؛ لما ذكرناه في مسألة العينة. ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة، أو حيلة، فلا يجوز. وإن". (١)

١٢٩. ١٢٩-"وهذا **أصح**؛ لأنه أجنبي، لكن لا يختص هذا بغلام دكانه، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز، وكان حراما وتدليسا، على ما ذكرنا من قبل.

[فصل اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة]

(٣٠٥٤) فصل: فإن اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه، فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين، جاز وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٣

صادق فيما أخبر به، وليس فيه تهمة، ولا تغرير بالمشتري فأشبه ما لو لم يربح فيه، وروي عن ابن سيرين أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وأعجب أحمد قول ابن سيرين قال: فإن باعه على ما اشتراه، يبين أمره. يعني يخبر أنه ربح فيه مرة ثم اشتراه. وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه.

وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره، أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وهذا قول القاضي وأصحابه؛ لأن المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه، كما تضم أجرة الخياط والقصار. وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول لأنه أمن أن يرده عليه، ولأن الربح أحد نوعي النماء، فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة. فعلى هذا ينبغي أنه إذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول: تقوم علي بخمسة.

ولا يجوز أن يقول: اشتريته بخمسة لأن ذلك كذب، والكذب حرام ويصير كما لو ضم أجرة القصارة والخياطة إلى الثمن وأخبر به. ولنا، ما ذكرناه فيما تقدم وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه، ثم لا يشبه هذا ما ذكره؛ لأن المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه، وأما تقرير الربح، فغير صحيح؛ فإن العقد الأول قد لزم، ولم يظهر العيب، ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن للمشتري أن يرده على البائع إذا ظهر على عيب قديم وإذا لم يلزمه طرح النماء والغلة، فهاهنا أولى، ويجيء على هذا القول، أنه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فإنه يخبر أنها حصلت بغير شيء، وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين.

وإن اشتراها بخمسة عشر، أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر. نص أحمد على نظير هذا. وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان، فإن لم يربح، ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها؛ لأنها ثمن العقد الذي يلي المرابحة. ولو خسر فيها، مثل إن اشتراها بخمسة عشر، ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان، أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة إلى الثمن الثاني فيخبر به في المرابحة، بغير خلاف نعلمه. وهذا يدل على صحة ما ذكرناه، والله أعلم". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٠

١٣٠. ١٣٠-"يفسخوا البيع فسخوا. روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب، فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق، فربما غبنوهم غبنا بينا، فيضرونهم، وربما أضروا بأهل البلد؛ لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم، والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا، ويتربصون بها السعر، فهو في معنى بيع الحاضر للبادي، فنهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك.

وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله: – صلى الله عليه وسلم – «لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد» وعن أبي هريرة مثله، متفق عليهما، وكرهه أكثر أهل العلم، منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق.

وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأسا. وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع. فإن خالف، وتلقى الركبان، واشترى منهم، فالبيع صحيح في قول الجميع. وقاله ابن عبد البر. وحكي عن أحمد رواية أخرى، أن البيع فاسد لظاهر النهي.

والأول أصح؛ لأن أبا هريرة روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه، واشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار» ، رواه مسلم، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، فأشبه بيع المصراة، وفارق بيع الحاضر للبادي، فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار، إذ ليس الضرر عليه، إنما هو على المسلمين. فإذا تقرر هذا، فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن. وقال أصحاب الرأي: لا خيار له.

وقد روينا قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في هذا، ولا قول لأحد مع قوله. وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن؛ لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا؛ لعلمنا بمعناه ومراده؛ لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع. ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار، وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة؛ لأن ما دون ذلك لا ينضبط.

وقال أصحاب مالك: إنما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق، لئلا يقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى. قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق، فاشتراها، عرضت على أهل السوق، فيشتركون فيها. وقال الليث بن سعد: تباع في السوق. وهذا مخالف لمدلول الحديث؛

فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق، ولم يجعلوا له خيارا، وجعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه، لا لحق غيره. ولأن الجالس في السوق كالمتلقي، في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما، وإلحاق الضرر به، دفعا للضرر". (١)

١٣١. ١٣١-"الثوب بعشرين درهما أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف. أو باعه سيفا محلى بالذهب بفضة أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين، وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر أنه لا يصح. وهو القول الثاني للشافعي لأن حكمهما مختلف فإن المبيع يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلافه، والأول أصح، وما ذكروه يبطل بما إذا باع شقصا وسيفا فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر، فأما إن جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبتك وبعتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة. لم يصح لأن المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئا ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال: في الكل وجهان والذي ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى.

[فصل بيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد]

(٣١٣٣) فصل في تفريق الصفقة. ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز، صفقة واحدة، بثمن واحد وهو على ثلاثة أقسام؛ أحدها أن يبيع معلوما ومجهولا كقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف. فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط. الثاني، أن يكن المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ففيه وجهان أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٦٥

والثاني، لا يصح فيهما، وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين إحداهما يفسد فيهما والثانية يصح في الحرة، والأولى أنه يصح فيما يملكه، وهو قول مالك وأبي حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر: لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولأن الصفقة إذا لم يكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه،". (١)

١٣٢. ١٣٢-"قولي الشافعي لأن جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد، وكما لو باعا عبدا واحدا لهما، أو قفيزين من صبرة واحدة والثاني لا يصح لأن كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن، وهو مجهول على ما قدمنا، وفارق ما إذا كانا لرجل واحد فإن جملة البيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، فلا جهالة فيه.
(٣١٣٦) فصل: ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة، وإن لم يعلم مثل إن اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه أو عبدين فتبين أنه لا يملك إلا أحدهما، فله الخيار بين الفسخ والإمساك لأن الصفقة تبعضت عليه، وأما البائع فلا خيار له لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما، فتلف أحدها قبل قبضه فقال القاضي للمشتري الخيار بين إمساك الباقي بحصته وبين الفسخ لأن حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به.

[مسألة لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به]
(٣١٣٧) مسألة؛ قال ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه. وجملته أن لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيبا من الربح، أيا كان، أو وصيا، أو حاكما، أو أمين حاكم، وهو أولى من تركه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٤

ومن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحابالرأي يروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه إلا ما روي عن الحسن، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به، ولأن خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «من ولي يتيما له مال فليتجر ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» وروي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وهو **أصح** من المرفوع. ولأن ذلك أحظ للمولى عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرر بماله وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل". (١)

١٣٣. ١٣٣-"هو عيد، ويوم فرح، وفيه جبر قلبه وتطييبه، وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم، سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم، وجري العادة بها بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «إنها أيام أكل، وشرب، وذكر لله عز وجل» رواه مسلم ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به، وألين في الخبز، وأمكن في حصول الأدم، فهو أولى.

وإن كان إفراده أرفق به أفرده؛ لقول الله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم﴾ [البقرة: ٢٢٠] . أي ضيق عليكم وشدد، من قولهم: أعنت فلان فلانا إذا ضيق عليه وشدد. وعنتت الرجل، إذا ظلعت، ويجوز للوصي ترك الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم. وحكي لأحمد قول سفيان: لا يسلم الوصي الصبي إلا بإذن. الحاكم. فأنكر ذلك؛ وذلك لأن المكتب من مصالحه، فجرى مجرى نفقته، ولمأكوله، ومشروبه، وملبوسه. وكذلك يجوز له إسلامه في صناعة، إذا كانت مصلحته في ذلك؛ لما ذكرنا.

[فصل إذا كان الولي موسرا فلا يأكل من مال اليتيم شيئا إذا لم يكن أبا]

(٣١٤٢) فصل: وإذا كان الولي موسرا، فلا يأكل من مال اليتيم شيئا إذا لم يكن أبا؛ لقوله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾ [النساء: ٦] وإن كان فقيرا، فله أقل الأمرين؛ من أجرته، أو قدر

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ١٨٠

كفايته؛ لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعا، فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه. فإذا أكل منه ذلك القدر، ثم أيسر؛ فإن كان أبا لم يلزمه عوضه، رواية واحدة؛ لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها. وإن كان غير الأب، فهل يلزمه عوض ذلك؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يلزمه. وهو قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض، فأشبه سائر ما أمر بأكله، ولأنه عوض من عمله فلم يلزمه بدله، كالأجير والمضارب. والثانية، يلزمه عوضه. وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره، فلزمه قضاؤه، كالمضطر إلى طعام غيره. والأول **أصح**؛ لأنه لو وجب عليه إذا أيسر، لكان واجبا في الذمة قبل اليسار، فإن اليسار ليس بسبب للوجوب، فإذا لم يجب بالسبب، الذي هو الأكل، لم يجب بعده. وفارق المضطر؛ فإن العوض واجب عليه في ذمته، ولأنه لم يأكله عوضا عن شيء، وهذا بخلافه.

[فصل قرض مال اليتيم]

(٣١٤٣) فصل: فأما قرض مال اليتيم؛ فإذا لم يكن فيه حظ له، لم يجز قرضه، فمتى أمكن الولي التجارة به، أو تحصيل عقار له فيه الحظ، لم يقرضه؛ لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم، وإن لم يمكن". (١)

١٣٤. ١٣٤-": «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث» . متفق عليهما. وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ثمن الكلب، فإن جاء يطلبه فاملئوا كفه ترابا» . رواه أبو داود. ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه، أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين، أشبه الخنزير. فأما حديثهم، فقال أحمد: هذا من الحسن بن أبي جعفر، وهو ضعيف. وقال الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر، وقال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث. وقد روي عن أبي هريرة،

ولا يصح أيضا. ويحتمل أنه أراد، ولا كلب صيد، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك، قال الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه ... لعمر أبيك إلا الفرقدان

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٣

أي والفرقدان. ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد.

[فصل إجارة الكلب]

(٣١٥٤) فصل: ولا تجوز إجارته. نص عليه أحمد. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يجوز؛ لأنها منفعة مباحة، فجازت المعاوضة عنها، كنفع الحمير. ولنا، أنه حيوان محرم بيعه؛ لخبثه، فحرمت إجارته، كالخنزير. وقياسهم ينتقض بضراب الفحل، فإنها منفعة مباحة، ولا يجوز إجارتها، ولأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه، فكذلك إجارته، ولأن منفعته لا تضمن في الغصب، فإنه لو غصبه غاصب مدة، لم يلزمه لذلك عوض، فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة، كنفع الخنزير.

[فصل الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه]

(٣١٥٥) فصل: وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه؛ لأنها نقل لليد فيه من غير عوض. وتصح هبته؛ لذلك. وقال القاضي: لا تصح؛ لأنها تمليك في الحياة، أشبهت البيع. والأول أصح. ويفارق البيع؛ لأنه يؤخذ عوضه، وهو محرم. ولأصحابالشافعي وجهان، كهذين.

[مسألة قتل الكلب المعلم]

(٣١٥٦) مسألة؛ قال: (ومن قتله وهو معلم، فقد أساء، ولا غرم عليه) أما قتل المعلم فحرام، وفاعله مسيء ظالم، وكذلك كل كلب مباح إمساكه؛ لأنه محل منتفع به يباح اقتناؤه، فحرم إتلافه، كالشاة. ولا نعلم في هذا خلافا. ولا غرم على قاتله. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك وعطاء: عليه الغرم؛ لما ذكرنا في تحريم إتلافه.". (١)

١٣٥. ١٣٥-"ولنا، أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه، فلم يجب غرمه بإتلافه، كالخنزير، وإنما يحرم إتلافه؛ لما فيه من الإضرار. وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الضرر والإضرار.

[فصل قتل الكلب الأسود البهيم]

فصل: فأما قتل ما لا يباح إمساكه، فإن الكلب الأسود البهيم يباح قتله؛ لأنه شيطان. قال عبد الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٠

بن الصامت: سألت أبا ذر فقلت: «ما بال الأسود من الأحمر من الأبيض؟ فقال: سألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كما سألتني، فقال: الكلب الأسود شيطان» . رواه مسلم، وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها، فاقتلوا منها كل أسود بهيم» . ويباح قتل الكلب العقور؛ لما روت عائشة – رضي الله عنها – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «خمس من الدواب كلهن فاسق، يقتلن في الحل والحرم؛ الغراب، والحدأة، والعقرب والفأرة، والكلب العقور» . متفق عليه، ويقتل كل واحد من هذين، وإن كان معلما؛ للخبرين. وعلى قياس الكلب العقور، كل ما آذى الناس، وضرهم في أنفسهم. وأموالهم، يباح قتله؛ لأنه يؤذي بلا نفع، أشبه الذئب، وما لا مضرة فيه، لا يباح قتله؛ لما ذكرنا من الخبر.

وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «أمر بقتل الكلاب، حتى إن المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله، ثم نهى عن قتلها، وقال: عليكم بالأسود البهيم ذي الطفيتين، فإنه شيطان» رواه مسلم.

[فصل اقتناء الكلب]

(٣١٥٨) فصل: ولا يجوز اقتناء الكلب، إلا كلب الصيد، أو كلب ماشية، أو حرث؛ لما روي عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من اتخذ كلبا إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع، نقص من أجره كل يوم قيراط» . وعن ابن عمر قال: سمعت النبي – صلى الله عليه وسلم – يقول: «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية، فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان» . قال سالم: وكان أبو هريرة يقول: أو كلب حرث. متفق عليه.

وإن اقتناه لحفظ البيوت، لم يجز؛ للخبر. ويحتمل الإباحة. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأنه في معنى الثلاثة، فيقاس عليها. والأول أصح؛ لأن قياس غير الثلاثة عليها، يبيح ما يتناول الخبر تحريمه. قال القاضي: وليس هو في معناها، فقد يحتال اللص لإخراجه بشيء يطعمه إياه، ثم يسرق المتاع. وأما الذئب، فلا يحتمل هذا في حقه، ولأن اقتناءه في البيوت يؤذي المارة، بخلاف الصحراء.

[فصل تربية الجرو الصغير]

(٣١٥٩) فصل: فأما تربية الجرو الصغير لأحد الأمور الثلاثة، فيجوز في أقوى الوجهين؛". [١]

١٣٦. ١٣٦-"فإن بيعها أسهل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما نهى عن أكل لحومها. والصحيح عنه، أنه لا يجوز. وهذا ينبني على الحكم بنجاسة جلود الميتة، وأنها لا تطهر بالدباغ، وقد ذكرنا ذلك في بابه. .

[فصل بيع لبن الآدميات]

فصل: فأما بيع لبن الآدميات، فقال أحمد: أكرهه. واختلف أصحابنا في جوازه. فظاهر كلام الخرقي جوازه؛ لقوله: " وكل ما فيه المنفعة ". وهذا قول ابن حامد، ومذهب الشافعي. وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك؛ لأنه مائع خارج من آدمية، فلم يجز بيعه، كالعرق، ولأنه من آدمي، فأشبه سائر أجزائه.

والأول **أصح**؛ لأنه لبن طاهر منتفع به، فجاز بيعه، كلبن الشاه، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبه المنافع، ويفارق العرق، فإنه لا نفع فيه، ولذلك لا يباع عرق الشاة، ويباع لبنها. وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها، فإنه يجوز بيع العبد، والأمة، وإنما حرم بيع الحر؛ لأنه ليس بمملوك، وحرم بيع العضو المقطوع؛ لأنه لا نفع فيه.

[فصل في بيع رباع مكة وإجارة دورها]

(٣١٧٥) فصل: واختلفت الرواية في بيع رباع مكة وإجارة دورها، فروي أن ذلك غير جائز. وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد. وكره إسحاق؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «في مكة: لا تباع رباعها، ولا تكرى بيوتها» . رواه الأثرم بإسناده. وعن مجاهد، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «: مكة حرام بيع رباعها، حرام إجارتها.» وهذا نص رواه سعيد بن منصور، في " سننه ". وروي أنها كانت تدعى السوائب، على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذكره مسدد في " مسنده "، ولأنها فتحت عنوة، ولم تقسم، فكانت موقوفة، فلم يجز بيعها، كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة، ولم

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩١

يقسموها، والدليل على أنها فتحت عنوة، قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وأنها لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار.» متفق عليه وروت أم هانئ قالت: «أجرت حموين لي، فأراد علي أخي قتلهما، فأتيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقلت: يا رسول الله إني أجرت حموين لي، فزعم ابن أمي علي أنه قاتلهما. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: قد أجرنا من أجرت، أو أمنا من أمنت يا أم هانئ.» متفق عليه، ولذلك «أمر النبي". (١)

١٣٧. ١٣٧-"وأبو ثور.

وإن عين مكيال رجل أو ميزانه، وكانا معروفين عند العامة، جاز. ولم يختص بهما. وإن لم يعرفا، لم يجز.

[فصل أسلم فيما يكال وزنا أو فيما يوزن كيلا]

(٣٢١٦) فصل: وإن أسلم فيما يكال وزنا، أو فيما يوزن كيلا، فنقل الأثرم، أنه سأل أحمد عن السلم في التمر وزنا؟ فقال: لا إلا كيلا. قلت: إن الناس هاهنا لا يعرفون الكيل. قال: وإن كانوا لا يعرفون الكيل. فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيل إلا كيلا، ولا في الموزون إلا وزنا.

وهكذا ذكره القاضي، وابن أبي موسى؛ لأنه مبيع يشترط معرفة قدره، فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، كبيع الرطوبات بعضها ببعض. ولأنه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به في الأصل، فلم يجز، كما لو أسلم في المذروع وزنا. ونقل المروذي عن أحمد، أنه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلا أو وزنا. وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزنا، وفي الموزون كيلا؛ لأن اللبن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا، وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما. وهذا قول الشافعي وابن المنذر وقال مالك: ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا.

وهذا أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن الغرض معرفة قدره، وخروجه من الجهالة، وإمكان تسليمه من غير تنازع، فبأي قدر قدره جاز. ويفارق بيع الربويات؛ فإن التماثل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط، ولا نعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الأصلي. إذا ثبت هذا، فإن الحبوب كلها

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٦/٤

مكيلة، وكذلك التمر والزبيب والفستق والبندق والملح. قال القاضي: وكذلك الأدهان. وقال في السمن واللبن والزبد: يجوز السلم فيها كيلا ووزنا. ولا يسلم في اللبأ إلا وزنا؛ لأنه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه.

[فصل المسلم فيه مما لا يمكنه وزنه بالميزان]

(٣٢١٧) فصل: فإن كان المسلم فيه مما لا يمكنه وزنه بالميزان لثقله، كالأرحية والحجارة الكبار، يوزن بالسفينة، فتترك السفينة في الماء، ثم يترك ذلك فيها فينظر إلى أي موضع تغوص، فيعلمه، ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو حجارة صغار، إلى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه، ثم يوزن بميزان. فما بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه.

[فصل تقدير المذروع بالذرع]

(٣٢١٨) فصل: ولا بد من تقدير المذروع بالذرع، بغير خلاف نعلمه. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم.". (١)

١٣٨. ١٣٨-"ثمن سليم، فإذا دفع إليه ما ليس بسليم، كان له المطالبة بالسليم، ولا يؤثر قبض المعيب في العقد. وإن تفرقا، ثم علم عيبه فرده، ففيه وجهان: أحدهما، يبطل العقد برده، لوقوع القبض بعد التفرق، ولا يجوز ذلك في السلم.

والثاني، لا يبطل؛ لأن القبض الأول كان صحيحا؛ بدليل ما لو أمسكه ولم يرده، وهذا يدل على المقبوض. وهذا قول أبي يوسف ومحمد. وهو أحد قولي الشافعي. واختيار المزني، لكن من شرطه أن يقبض البدل في مجلس الرد، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل لم يصح، وجها واحدا؛ لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما.

وإن وجد بعض الثمن رديئا فرده، فعلى المردود التفصيل الذي ذكرناه. وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة.

[فصل خرجت الدراهم في السلم مستحقة والثمن معين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢١٧

(٣٢٣٣) فصل: وإن خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين، لم يصح العقد. قال أحمد: إذا خرجت الدراهم مسروقة، فليس بينهما بيع؛ وذلك لأن الثمن إذا كان معينا فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه، وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس.

وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد؛ لأن المقبوض لا يصلح عوضا، فقد تفرقا قبل أخذ الثمن، إلا على الرواية التي تقل بصحة تصرف الفضولي، أو أن النقود لا تتعين بالتعيين. وإن وجد بعضه مستحقا، بطل في ذلك البعض، وفي الباقي وجهان، بناء على تفريق الصفقة.

[فصل له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام إلى أجل]

(٣٢٣٤) فصل: إذا كان له في ذمة رجل دينار، فجعله سلما في طعام إلى أجل، لم يصح. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، منهم مالك، والأوزاعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأصحابالرأي، والشافعي. وعن ابن عمر أنه قال: لا يصلح ذلك. وذلك لأن المسلم فيه دين، فإذا جعل الثمن دينا كان بيع دين بدين، ولا يصح ذلك بالإجماع.

ولو قال أسلمت إليك مائة درهم في كر طعام. وشرطا أن يعجل له منها خمسين وخمسين إلى أجل، لم يصح العقد في الكل، على قول الخرقي، ويخرج [في] صحته في قدر المقبوض وجهان، بناء على تفريق الصفقة؛ أحدهما، يصح. وهو قول أبي حنيفة. والثاني، لا يصح. وهو قول الشافعي. وهو **أصح**؛ لأن للمعجل فضلا على المؤجل، فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤجل، والزيادة مجهولة، فلا يصح.

[مسألة معرفة صفة الثمن المعين في السلم]

(٣٢٣٥) مسألة؛ قال: (ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف، بطل) وجملة ذلك، أن هذه الأوصاف الستة التي ذكرناها، لا يصح السلم إلا بها، وقد دللنا على ذلك. واختلفت الرواية في شرطين آخرين:". (١)

١٣٩. ١٣٩-"الوطء يمكن أن تلد فيها، فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره، ويكون القول قول الراهن بغير يمين؛ لأننا لم نلحقه به بدعواه، بل بالشرع. فإن أنكر شرطا من هذه الشروط، فقال: لم آذن. أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٤

قال: أذنت فما وطئت. أو قال: لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت. أو قال: ليس هذا ولدها، وإنما استعارته. فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم ذلك كله، وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة. وهذا مذهب الشافعي.

[فصل أذن في ضرب أمته المرهونة فضربها فتلفت]

(٣٣٣٩) فصل: ولو أذن في ضربها، فضربها فتلفت، فلا ضمان عليه؛ لأن ذلك تولد من المأذون فيه، كتولد الإحبال من الوطء.

[فصل أقر الراهن بوطء أمته المرهونة]

(٣٣٤٠) فصل: إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال؛ أحدها، أن يقر به حال العقد، أو قبل لزومه، فحكم هذين واحد، ولا يمنع ذلك صحة العقد؛ لأن الأصل عدم الحمل، فإن بانت حائلا، أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن، فالرهن بحاله، وكذلك إن كان يلحق به، لكن لا تصير به أم ولد، مثل إن وطئها وهي زوجته، ثم ملكها ورهنها.

وإن بانت حاملا بولد تصير به أم ولد، بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن، وإن كان مشروطا في بيع؛ لأنه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهنا، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه، لم يكن له خيار، كالمريض إذا مات، والجاني إذا اقتص منه. وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: له الخيار؛ لأن الوطء نفسه لا يثبت الخيار، فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه، بخلاف الجناية والمرض

ولنا، أن إذنه في الوطء إذن فيما يئول إليه، كذلك رضاه به رضى بما يئوله إليه. الحال الثالث، أقر بالوطء بعد لزوم الرهن، فإنه يقبل في حقه، ولا يقبل في حق المرتهن؛ لأنه أقر بما يفسخ عقدا لازما لغيره، فلم يقبل، كما لو أقر بذلك بعد بيعها. ويحتمل أن يقبل؛ لأنه أقر في ملكه بما لا تهمة فيه، لأنه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن

والأول أصح؛ لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل. وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها، أو أنها كانت جنت جناية تعلق أرشها برقبتها. وللشافعي في ذلك قولان، وإن أقر أنه أعتقها، صح إقراره، وخرجت من الرهن. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يقبل. بناء على أنه لا يصح إعتاقه للرهن

ولنا، أنه لو أعتقه لنفذ عتقه، فقبل إقراره بعتقه، كغير الرهن، ولأن إقراره بعتقه يجري". (١)

١٤٠. ١٤٠-"شيء. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لم يجب بالجناية مال، ولا استحق بحال، وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال

ولنا، أنه أتلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن، فغرم قيمته، كما لو كانت الجناية موجبة للمال، وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون، وإنما أوجبنا أقل القيمتين، لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية، والواجب من المال هو أقل القيمتين، لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته، وإن كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته، وإن عفا على مال صح عفوه، ووجب أقل القيمتين، لما ذكرنا

هذا إذا كان القصاص قتلا، وإن كان جرحا أو قلع سن ونحوه، فالواجب بالعفو أقل الأمرين؛ من أرش الجرح، أو قيمة الجاني. وإن عفا مطلقا، أو على غير مال، انبني ذلك على موجب العمد ما هو؟ فإن قلنا: موجبه أحد شيئين. ثبت المال

وإن قلنا: موجبه القصاص عينا، فحكمه حكم ما لو اقتص؛ إن قلنا ثم: يجب قيمته على الراهن. وجب هاهنا. وهو اختيار أبي الخطاب؛ لأنه فوت بدل الرهن بفعله، أشبه ما لو اقتص. وإن قلنا: لا يجب على الراهن شيء ثم. لم يجب هاهنا شيء. وهو قول القاضي، ومذهب الشافعي لأنه اكتساب مال، فلا يجبر عليه

وأما إن كانت الجناية موجبة للمال، أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص، فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن، ويكون من غالب نقد البلد، كقيم المتلفات، فلو أراد الراهن أن يصالح عنها، أو يأخذ حيوانا عنها، لم يجز إلا بإذن المرتهن، فإن أذن فيه جاز؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، وما قبض من شيء فهو رهن، بدلا عن الأول، نائبا عنه، وقائما مقامه، فإن عفا الراهن عن المال، فقال القاضي: يسقط حق الراهن دون حق المرتهن، فتؤخذ القيمة تكن رهنا، فإذا زال الرهن رجع الأرش إلى الجاني، كما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان

وإن استوفى الدين من الأرش، احتمل أن يرجع الجاني على العافي؛ لأن ماله ذهب في قضاء دينه، فلزمته غرامته، كما لو غصبه أو استعاره فرهنه، واحتمل أن لا يرجع عليه؛ لأنه لم يوجد منه في حق

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٤/٤

الجاني ما يقتضي وجوب الضمان، وإنما استوفي بسبب كان منه حال ملكه، فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده. ثم وهبه لغيره، فتلف بالجناية السابقة

وقال أبو الخطاب: يصح العفو مطلقا، ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا؛ لأنه أسقط دينه عن غريمه، فصح، كسائر ديونه. قال: ولا يمكن كونه رهنا مع عدم حق الراهن فيه، فلزمته القيمة، لتفويته حق المرتهن، فأشبه ما لو تلف بدل الرهن

وقال الشافعي لا يصح العفو أصلا؛ لأن حق المرتهن متعلق به، فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه، وكما لو وهب الرهن أو غصب، فعفي عن غاصبه. وهذا **أصح** في النظر، وإن قال المرتهن: أسقطت حقي من ذلك. سقط؛ لأنه ينفع الراهن". (١)

١٤١. ١٤١-"في الشروط الفاسدة في البيع. واختار أبو الخطاب هاهنا فساد البيع. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك.

[فصل الشروط في الرهن]

(٣٣٦٢) فصل: والشروط في الرهن تنقسم قسمين؛ صحيحا وفاسدا، فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه، أو عدلين، أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق. ولا نعلم في صحة هذا خلافا، وإن شرط أن يبيعه المرتهن، صح. وبه قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي: لا يصح؛ لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان، فلم يصح، كما لو وكله في بيعه من نفسه.

ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع، والاحتياط في توفير الثمن، والمرتهن يريد تعجيل الحق، وإنجاز البيع. ولنا، أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه، جاز توكيل المرتهن فيه، كبيع عين أخرى، ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك، جاز اشتراط البيع له، كالعدل، ولا يضر اختلاف الغرضين، إذا كان غرض المرتهن مستحقا له، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق، وإنجاز البيع؛ وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه، فقد سمح له بذلك، والحق له، فلا يمنع من السماحة به، كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه.

ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه، وإن سلمنا، فلأن الشخص الواحد يكون بائعا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨١

مشتريا، وموجبا، قابلا، وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا.

[فصل رهنه أمة فشرط كونها عند امرأة أو ذي محرم لها]

(٣٣٦٣) فصل: وإذا رهنه أمة، فشرط كونها عند امرأة، أو ذي محرم لها، أو كونها في يد المرتهن، أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها، مثل أن يكون لهما زوجات، أو سراري، أو نساء من محارمهما معهما في دارهما، جاز؛ لأنه لا يفضي إلى محرم. وإن لم يكن كذلك، فسد الشرط؛ لأنه يفضي إلى الخلوة المحرمة، ولا يؤمن عليها. ولا يفسد الرهن؛ لأنه لا يعود إلى نقص، ولا ضرر في حق المتعاقدين، ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط، يصح الرهن، ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده.

وإن كان الرهن عبدا، فشرط موضعه، جاز، وإن لم يشترط موضعه، صح أيضا، كالأمة. ويحتمل أن لا يصح؛ لأن للأمة عرفا، بخلاف العبد. والأول أصح، فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها، فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها، لم يجز أيضا، فاستويا.

[فصل والقسم الثاني الشروط الفاسدة في الرهن]

(٣٣٦٤) فصل: والقسم الثاني، الشروط الفاسدة، مثل أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط ألا يباع الرهن عند حلول الحق، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو بيع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه. فهذه شروط فاسدة؛ لمنافاتها مقتضى العقد، فإن". (١)

١٤٢. ١٤٢-"لا بها، وإن اختلفا في تلف العين، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن يده يد أمانة، ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف، فقبل قوله فيه، كالمودع.

[فصل قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين قال بل على أن أرهنك هذا وحده]

(٣٣٩٠) فصل: فإن قال: بعتك هذا الثوب، على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين. قال: بل على أن

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٦/٤

أرهنك هذا وحده. ففيها روايتان، حكاهما القاضي، إحداهما، يتحالفان، لأنه اختلاف في البيع، فهو كالاختلاف في الثمن. والثانية، القول قول الراهن؛ لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه، والقول قول المنكر، وهذا أصح.

(٣٣٩١) فصل: وإن قال: أرسلت وكيلك، فرهنني عبدك، على عشرين قبضها. قال: ما أمرته برهنه إلا بعشرة، ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول، فإن صدق الراهن، فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة، ولا قبض إلا عشرة، ولا يمين على الراهن، لأن الدعوى على غيره، فإذا حلف الوكيل برئا جميعا، وإن نكل، فعليه العشرة المختلف فيها، ولا يرجع بها على أحد؛ لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها، ولا أمره بأخذها، وإنما المرتهن ظلمه. وإن صدق الوكيل المرتهن، وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن، فالقول قول الراهن مع يمينه. فإن نكل، قضي عليه بالعشرة، ويدفع إلى المرتهن، وإن حلف برئ، وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن؛ لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه. وإن عدم الرسول، أو تعذر إحلافه، فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه إلا بعشرة، ولا قبض أكثر منها، ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى.

(٣٣٩٢) فصل: إذا كان على رجل ألفان، أحدهما برهن، والآخر بغير رهن، فقضى ألفا، وقال: قضيت دين الرهن. وقال المرتهن: بل قضيت الدين الآخر. فالقول قول الراهن مع يمينه، سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه؛ لأنه أعلم بنيته وصفة، دفعه، ولأنه يقول: إن الدين الباقي بلا رهن، والقول قوله في أصل الرهن، فكذلك في صفته، وإن أطلق القضاء، ولم ينو شيئا، فقال أبو بكر: له صرفها إلى أيهما شاء، كما لو كان له مال حاضر وغائب، فأدى قدر زكاة أحدهما، كان له أن يعين عن أي المالين شاء. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم: يقع الدفع عن الدينين معا، عن كل واحد منهما نصفه؛ لأنهما تساويا في القضاء، فتساويا في وقوعه عنهما، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين، واختلفا، فالقول قول المرتهن، على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن، ذكره أبو بكر.

[فصل اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن]

(٣٣٩٣) فصل: وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما، ولم يضر إنكاره؛

لأن الحق لهما، وإن قال أحدهما: قبضه العدل. فأنكر الآخر، فالقول قول المنكر، كما". (١)

١٤٣. ١٤٣-"أبو الخطاب، في " رءوس المسائل "؛ لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء، فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله، ولأن المفلس محجور عليه، فلم ينفذ عتقه كالسفيه، وفارق المطلق وأما سرايته إلى ملك الغير، فمن شرطه أن يكون موسرا، يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه، فلا يتضرر، ولو كان معسرا، لم ينفذ عتقه إلا فيما يملك، صيانة لحق الغير، وحفظا له عن الضياع، كذا هاهنا. وهذا أصح، إن شاء الله تعالى.

[فصل إظهار الحجر على المفلس]
(٣٤٤٩) فصل: ويستحب إظهار الحجر عليه، لتجتنب معاملته، كي لا يستضر الناس بضياع أموالهم عليه، والإشهاد عليه، لينتشر ذلك عنه، وربما عزل الحاكم أو مات، فيثبت الحجر عند الآخر، فيمضيه، ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

[فصل المفلس ثبت عليه حق ببينة]
(٣٤٥٠) فصل: وإن ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء؛ لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه، فأشبه ما لو قامت البينة به قبل الحجر. ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالا، شارك المجني عليه الغرماء؛ لأن حق المجني عليه ثبت بغير اختياره
ولو كانت الجناية موجبة للقصاص، فعفا صاحبها عنها إلى مال، أو صالحه المفلس على مال، شارك الغرماء؛ لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه، فأشبه ما لو أوجبت المال. فإن قيل: ألا قدمتم حقه على الغرماء، كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس؟ قلنا: لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه، فقدم لذلك، وحق هذا تعلق بالذمة، كغيره من الديون، فاستويا.

[فصل قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر]
(٣٤٥١) فصل: ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه، ثم ظهر غريم آخر، رجع على الغرماء بقسطه، وبهذا قال الشافعي، وحكي ذلك عن مالك، وحكي عنه: لا يحاصهم؛ لأنه نقض لحكم الحاكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٠

ولنا، أنه غريم لو كان حاضرا قاسمهم، فإذا ظهر بعد ذلك، قاسمهم، كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله، وليس قسم الحاكم ماله حكما، إنما هو قسمة بان الخطأ فيها، فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر. أو قسم أرضا بين شركاء، ثم ظهر شريك آخر. أو قسم الميراث بين ورثة، ثم ظهر وارث سواه، أو وصية، ثم ظهر موصى له آخر.

[فصل أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة]

(٣٤٥٢) فصل: ولو أفلس وله دار مستأجرة، فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة، وسقط من الأجرة بقدر ذلك، ثم إن وجد عين ماله، أخذ بقدر ذلك، وإن لم يجده، ضرب مع الغرماء بقدره. وإن كان ذلك بعد قسم ماله، رجع على الغرماء بحصته؛ لأنه سبب وجوبه قبل الحجر، ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة

ولو باع سلعة، وقبض ثمنها، ثم أفلس فوجد بها المشتري عيبا، فردها به، أو ردها بخيار، أو اختلاف في الثمن، ونحوه، ووجد عين ماله،". (١)

١٤٤. ١٤٤-"فقالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير، فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي؟ فقال: «ارضخي ما اسطعت، ولا توعي، فيوعى عليك» . متفق عليهما وروي أن «امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله إنا كل على أزواجنا وآبائنا، فما يحل لنا من أموالهم؟ قال: الرطب تأكلينه، وتهدينه» .

ولأن العادة السماح بذلك، وطيب النفس، فجرى مجرى صريح الإذن، كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الإذن في أكله. والرواية الثانية، لا يجوز؛ لما روى أبو أمامة الباهلي، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها. قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ . قال: ذاك أفضل أموالنا» . رواه سعيد في " سننه ". وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» . وقال «إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا» .

ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه، فلم يجز، كغير الزوجة. والأول أصح؛ لأن الأحاديث فيها خاصة

(١) المغني لابن قدامة ٣٣١/٤

صحيحة، والخاص يقدم على العام ويبينه، ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة، والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف، ولا يصح قياس المرأة على غيرها؛ لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها، وتتبسط فيه، وتتصدق منه، لحضورها وغيبته، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، فصار كأنه قال لها: افعلي هذا. فإن منعها ذلك، وقال: لا تتصدقي بشيء، ولا تتبرعي من مالي بقليل، ولا كثير. لم يجز لها ذلك؛ لأن المنع الصريح نفي للإذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته

كجاريته، أو أخته. أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه، جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا؛ لوجود المعنى فيه. ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها، كالتي يطعمها بالفرض، ولا يمكنها من طعامه، ولا من التصرف في شيء من ماله، لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله؛ لعدم المعنى فيها، والله أعلم.

[مسألة الرشد الصلاح في المال]

(٣٤٧٦) مسألة؛ قال: (والرشد الصلاح في المال) هذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ مالك وأبو حنيفة. وقال الحسن والشافعي، وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله؛ لأن الفاسق غير رشيد، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله، وثبوت الولاية على غيره، وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.". (١)

١٤٥. ١٤٥-"ميزاب، أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض، ليزيله عنه، جاز. وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط، فصالحه بشيء على أن لا يعيده، جاز؛ لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه، جاز أن يصالح عنه؛ لأن الصلح بيع.

[فصل وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه]

فصل: وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك، أو حائط جاره، ولم يعلم سببه، فمتى زال فله إعادته؛ لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره، فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٠/٤

وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره، وما أشبه هذا، فهو له؛ لأن الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة. وإذا اختلفا في ذلك، هل هو بحق أو بعدوان؟ فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه؛ لأن الظاهر معه.

[فصل ادعى رجل دارا في يد أخوين فأنكره أحدهما]

(٣٥٣٢) فصل: إذا ادعى رجل دارا في يد أخوين، فأنكره أحدهما، وأقر له الآخر، ثم صالحه عما أقر له بعوض، صح الصلح، ولأخيه الأخذ بالشفعة. ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقا، وبين ما إذا قال: هذه لنا ورثناها جميعا عن أبينا أو أخينا. فيقال: إذا كان الإنكار مطلقا، كان له الأخذ بالشفعة، وإن قال: ورثناها عن أبينا. فلا شفعة له؛ لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل، وأن الصلح باطل، فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة.

ووجه الأول، أن الملك ثبت للمدعي حكما؛ وقد رجع إلى المقر بالبيع، وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة، كما لو كان الإنكار مطلقا. ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الأسباب، فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر، كحالة إطلاق الإنكار وهذا **أصح**.

[مسألة تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما]

(٣٥٣٣) مسألة: قال: (وإذا تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما، تحالفا، وكان بينهما. وكذلك إن كان محلولا من بنائهما. وإن كان معقودا ببناء أحدهما، كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا حائطا بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقودا ببنائهما معا، وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط، مثل اتصال البناء بالطين، كهذه الفطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما، أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور، بل بينهما شق مستطيل، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر.

فهما سواء في الدعوى، فإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا، فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط، أنه له، ويجعل بينهما نصفين؛ لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط؛ لكون الحائط في أيديهما. وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط، أنه له، وما هو لصاحبه، جاز، وهو

بينهما. وبهذا قال". (١)

١٤٦. ١٤٦-"الدرجة لأجله، وإنما جعل مرفقا يجعل فيه جب الماء ونحوه، فهي لصاحب العلو؛ لأنها بنيت لأجله وحده. ويحتمل أن تكون بينهما؛ لأن يدهما عليها، وانتفاعهما حاصل بها، فهي كالسقف.

[فصل تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر]
(٣٥٤٠) فصل: ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر، تحالفا، وكانت بينهما؛ لأنها حاجز بين ملكيهما، فهي كالحائط بين الملكين.

[فصل كان بينهما حائط مشترك فانهدم]
(٣٥٤١) فصل: إذا كان بينهما حائط فطلب أحدهما إعادته فأبى الآخر مشترك، فانهدم، فطلب أحدهما إعادته، فأبى الآخر، فهل يجبر الممتنع على إعادته؟ قال القاضي: فيه روايتان: إحداهما، يجبر. نقلها ابن القاسم، وحرب، وسندي. قال القاضي: هي أصح. وقال ابن عقيل: وعلى ذلك أصحابنا . وبه قال مالك، في إحدى روايتيه، والشافعي في قديم قوليه. واختاره بعض أصحابه، وصححه؛ لأن في ترك بنائه إضرارا، فيجبر عليه، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما، وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا إضرار» . وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه. والرواية الثانية، لا يجبر.
نقل عن أحمد ما يدل على ذلك، وهو أقوى دليلا، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه ملك لا حرمة له في نفسه، فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه، كما لو انفرد به، ولأنه بناء حائط، فلم يجبر عليه، كالابتداء، ولأنه لا يخلو، إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه، أو لحق جاره، أو لحقيهما جميعا، لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه، بدليل ما لو انفرد به، ولا لحق غيره، كما لو انفرد به جاره، فإذا لم يكن كل واحد منهما موجبا عليه، فكذلك إذا اجتمعا. وفارق القسمة، فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مضرة، لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٩/٤

إجباره على إزالته بما فيه ضرر، بدليل قسمة ما في قسمته ضرر.
ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه؛ لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه، فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه، وإن انفرد بالحائط، بخلاف مسألتنا.
ولا نسلم أن في تركه إضرارا، فإن الضرر إنما حصل بانهدامه، وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به، وهذا لا يمنع الإنسان منه، بدليل حالة الابتداء، وإن سلمنا أنه إضرار، لكن في الإجبار إضرار، ولا يزال الضرر بالضرر، وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع، أو يكون معسرا ليس معه ما يبني به، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر، فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه؛ لأن له حقا في الحمل ورسما، فلا يجوز منعه منه، وله بناؤه بأنقاضه إن شاء،". (١)

١٤٧. ١٤٧-"والثاني، القول قول المحيل؛ لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه، والمحتال يدعي نقله، والمحيل ينكره، والقول قول المنكر. فعلى الوجه الأول، يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه، ويستحق مطالبته، ويسقط عن المحيل.
وعلى الوجه الثاني، يحلف المحيل، ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين: إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه، وتلف في يده، فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه، ولا ضمان عليه، سواء تلف بتفريطه أو غيره؛ لأنه إن تلف بتفريط، وكان المحتال محقا، فقد أتلف ماله، وإن كان مبطلا، ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له، فيتقاصان، ويسقطان.
وإن تلف بغير تفريط، فالمحال قد قبض حقه، وتلف في يده، وبرئ منه المحيل بالحوالة، والمحال عليه بتسلمه، والمحيل يقول: قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط. فلا ضمان عليه. وإن لم يتلف، احتمل أن لا يملك المحيل طلبه؛ لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده، وهو مستحق لقبضه، فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه.
ويحتمل أن يملك أخذه منه، ويملك المحتال مطالبته بدينه. وقيل: يملك المحيل أخذه منه، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه؛ لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة. وليس بصحيح؛ لأن المحتال إن اعترف بذلك، فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق، وأنه يستحق المطالبة به، فعلى كلا الحالين، هو مستحق

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٣/٤

للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه، في قولهما جميعا، فلا وجه لإسقاطه، ولا موضع للبينة في هذه المسألة؛ لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع، ولا فعل يرى، وإنما يدعي المحيل بينة، وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا إثباتا. (٣٥٦٦)

فصل: وإن كانت المسألة بالعكس، فقال: أحلتك بدينك. فقال: بل وكلتني. ففيها الوجهان أيضا؛ لما قدمناه. فإن قلنا: القول قول المحيل. فحلف، برئ من حق المحتال، وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه؛ لأنه يجوز له ذلك بقولهما معا، فإذا قبضه كان له بحقه. وإن قلنا: القول قول المحتال، فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه، ومطالبة المحتال عليه؛ لأنه إما وكيل وإما محتال.

فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل، فله أخذ ما قبض لنفسه؛ لأن المحيل يقول: هو لك. والمحتال يقول: هو أمانة في يدي، ولي مثله على صاحبه، وقد أذن له في أخذه ضمنا. فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه، ولم يأخذ من المحيل شيئا. وإن استوفى من المحيل، رجع على المحال في أحد الوجهين؛ لأنه قد تثبتت الوكالة بيمين المحتال، وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل. والثاني، لا يرجع عليه؛ لأنه يعترف أنه قد برئ من حقه، وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه. قال القاضي: والأول أصح.

وإن كان قد قبض الحوالة، فتلفت في يده بتفريط، أو أتلفها، سقط حقه على الوجهين؛ لأنه إن كان محقا فقد أتلف حقه، وإن كان مبطلا فقد". (١)

١٤٨. ١٤٨-"المحيل ينكر أن له عليه دينا، فالقول قوله بغير يمين؛ لأن المحتال يقر ببراءته منه، لاستيفائه من المحال عليه.

وإن كان المحيل يعترف به، لم يكن للمحتال المطالبة به؛ لأنه يقر بأنه قد برئ منه بالحوالة، والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه، واستوفى منه بغير حق، والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضا بغير حق، وإنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه، فينبغي أن يقبضها المحتال، ويسلمها إلى المحال عليه، أو يأذن للمحيل في دفعها إلى المحال عليه. وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة، ودفع إليه، فأنكر المحيل الحوالة، حلف، ورجع على المحال عليه.

والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٧/٤

[فصل كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به]

(٣٥٦٩) فصل: فإن كان عليه ألف ضمنه رجل، فأحال الضامن صاحب الدين به، برئت ذمته وذمة المضمون عنه؛ لأن الحوالة كالتسليم، ويكون الحكم هاهنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين. فإن كان الألف على رجلين، على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك، فأحاله أحدهما بالألف، برئت ذمتهما معا، كما لو قضاها. وإن أحال صاحب الألف رجلا على أحدهما بعينه بالألف، صحت الحوالة؛ لأن الدين على كل واحد منهما مستقر.

وإن أحال عليهما جميعا، ليستوفي منهما، أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضا عند القاضي؛ لأنه لا فضل هاهنا في نوع ولا أجل ولا عدد، وإنما هو زيادة استيثاق، فلم يمنع ذلك صحة الحوالة، كحوالة المعسر على المليء. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تصح الحوالة؛ لأن الفضل قد دخلها، فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما، أو من أيهما شاء، فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما ألف ليستوفي من أيهما شاء.

والأول أصح. والفرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا أحاله بألفين، أنه لا فضل بينهما في العدد هاهنا، وثم تفاضلا فيه، ولأن الحوالة هاهنا بألف معين، وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين، وأنه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين، وثم إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه، فأحال عليهما، صحت الحوالة بغير إشكال؛ لأنه لما كان له أن يستوفي الألف من واحد، كان له أن يستوفي من اثنين، كالوكيلين.

[باب الضمان]

[مسألة ضمن عنه حق بعد وجوبه]

باب الضمان (٣٥٧٠) مسألة؛ قال: (ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيته فهو علي. فقد لزمه ما صح أنه أعطاه) . الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتهما جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم. وقال القاضي: هو مشتق من التضمين؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٩٩

١٤٩. ١٤٩-"ومنها، صحة الضمان في كل حق، أعني من الحقوق المالية الواجبة، أو التي تئول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده؛ لأن هذه الحقوق لازمة، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها، كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار، ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايلة. وبهذا كله قال الشافعي.

[فصل ما يصح ضمانه]

(٣٥٧٣) فصل: فيما يصح ضمانه: ويصح ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة والمناضلة. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: لا يصح ضمانه؛ لأنه لا يئول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه، كما في الكتابة. ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] . ولأنه يئول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل.

ويصح ضمان أرش الجناية، سواء كانت نقودا كقيم المتلفات، أو حيوانا كالديات. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها؛ لأنه مجهول. وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ولأن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر؛ لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة، وكذلك غيرها من الحيوان، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف، فلم يمنع وجوبه بالالتزام.

ويصح ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة؛ لأن نفقة اليوم واجبة، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب. وقال القاضي: إذا ضمن نفقة المستقبل، لم تلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار.

وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه: يصح ضمانها. ولنا، أنه يصح ضمان ما لم يجب، واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها، بدليل الجعل في الجعالة، والصداق قبل الدخول، والمبيع في مدة الخيار. فأما النفقة في الماضي، فإن كانت واجبة، إما بحكم الحاكم بها، أو قلنا: بوجوبها بدون حكمه، صح ضمانها، وإلا فلا.

ويصح ضمان مال السلم، في إحدى الروايتين. والأخرى لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، فلم يجز، كالحوالة به. والأول **أصح**؛ لأنه دين لازم فصح ضمانه، كالأجرة وثمن المبيع. ولا يصح ضمان مال الكتابة، في إحدى الروايتين. وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم.

والأخرى: يصح؛ لأنه دين على المكاتب، فصح ضمانه، كسائر الديون عليه.

والأولى أصح؛ لأنه ليس بلازم. ولا مآله إلى اللزوم، فإن للمكاتب تعجيز نفسه، والامتناع عن أدائه، فإذا لم يلزم الأصيل، فالضمين أولى. ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد القولين، وقال في". (١)

١٥٠. ١٥٠-"لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه، إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه، كحد الزنى.

[فصل الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة]

(٣٥٩٧) فصل: ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة؛ لأن الحضور لا يلزمه. فلا تجوز الكفالة به، كدين الكتابة.

[فصل الكفالة حالة ومؤجلة]

(٣٥٩٨) فصل: وتصح الكفالة حالة ومؤجلة، كما يصح الضمان حالا ومؤجلا، وإذا أطلق كانت حالة؛ لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول، كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالا كان له مطالبته بإحضاره، فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه، ولم يلزم المكفول له تسلمه؛ لأنه لا يحصل له غرضه. وإن لم يكن يد حائلة، لزمه قبوله، فإن قبله برئ من الكفالة.

وقال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت إليك منه. أو قد سلمته إليك. أو قد أخرجت نفسي من كفالته. والصحيح الأول؛ لأنه عقد على عمل، فبرئ منه بالعمل المعقود عليه، كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برئ، لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه، فبرئ منه كالمسلم فيه. وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسلمه، أشهد على امتناعه رجلين، وبرئ؛ لأنه فعل ما وقع العقد على فعله، فبرئ منه. وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه؛ فإن لم يجد حاكما أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله.

والأول أصح؛ فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه، كحاكم أو غيره. وإن كانت

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٠٢

الكفالة مؤجلة، لم يلزم إحضاره قبل الأجل، كالدين المؤجل، فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ. وإن كان غائبا أو مرتدا لحق بدار الحرب، لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته. وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال؛ لأن الحق قد توجه عليه. ولنا، أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم. وإن كان حالا كالدين، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه، أخذ بما عليه. وقال أصحاب الشافعي: إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه، لم يطالب الكفيل بإحضاره، ولم يلزمه شيء، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس. وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى. وإن أحضر المكفول به قبل الأجل، ولا ضرر في تسليمه، لزمه.

وإن كان فيه ضرر، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم، أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدة، لم يلزمه قبوله، كما نقول في من دفع الدين المؤجل قبل حلوله

[فصل عين في الكفالة تسليمه في مكان ثم أحضره في غيره]

(٣٥٩٩) فصل: وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان، فأحضره في غيره، لم يبرأ من الكفالة.". (١)

١٥١. ١٥١-"والشعبي وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والشافعي.

وقال الحكم ومالك والليث: يجب على الكفيل غرم ما عليه. وحكي ذلك عن ابن شريح؛ لأن الكفيل وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره، فلزم كفيله ما عليه، كما لو غاب. ولنا، أن الحضور سقط عن المكفول به، فبرئ الكفيل، كما لو برئ من الدين. ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين، أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب، فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن؛ فإنه علق به المال، فاستوفي منه.

[فصل قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٧/٤

(٣٦٠٨) فصل: إذا قال الكفيل: قد برئ المكفول به من الدين، وسقطت الكفالة. أو قال: لم يكن عليه دين حين كفلته. فأنكر المكفول له، فالقول قوله؛ لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين، وعليه اليمين، فإن نكل، قضي عليه.

ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه؛ لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه، فإن من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر. والأول أولى؛ لأن ما ادعاه محتمل.

[فصل قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة]

(٣٦٠٩) فصل: وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة. برئ؛ لأنه حقه، فيسقط بإسقاطه، كالدين. وإن قال: قد برئت إلي منه. أو قد رددته إلي. برئ أيضا؛ لأنه معترف بوفاء الحق، فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان. وكذلك إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به. يبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به. ولا يكون إقرارا بقبض الحق. وهذا قول محمد بن الحسن. وقيل: يكون إقرارا بقبض الحق، فيما إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به.

والأول أصح؛ لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق، بإبراء المستحق، أو موت المكفول به. فأما إن قال للمكفول به: أبرأتك عما لي قبلك من الحق. أو برئت من الدين الذي قبلك. فإنه يبرأ من الحق، وتزول الكفالة؛ لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله. وإن قال: برئت من الدين الذي كفل به فلان. برئ، وبرئ كفيله.

[فصل كان لذمي على ذمي خمر]

(٣٦١٠) فصل: وإذا كان لذمي على ذمي خمر، فكفل به ذمي آخر، ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه، برئ الكفيل والمكفول عنه. وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه، لم يبرأ واحد منهما، ويلزمهما قيمة الخمر؛ لأنه كان واجبا، ولم يوجد إسقاط ولا استيفاء، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه، فبقي بحاله. ولنا، أن المكفول به مسلم، فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلما قبل الكفالة. وإذا برئ المكفول به، برئ كفيله. كما لو أدى الدين أو أبرئ منه، ولأنه لو أسلم المكفول له، برئا جميعا،

وكذلك". (١)

١٥٢. ١٥٢-"في هذه الأشياء؛ لأن من أخذها ملكها.

وقال الشافعي شركة الأبدان كلها فاسدة؛ لأنها شركة على غير مال. فلم تصح. كما لو اختلفت الصناعات. ولنا، ما روى أبو داود والأثرم بإسنادهما، عن أبي عبيدة، عن عبد الله، قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر، فلم أجئ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد أقرهم عليه، وقال أحمد: أشرك بينهم النبي - صلى الله عليه وسلم -. فإن قيل: فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكان له أن يدفعها إلى من شاء.

فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا. قلنا: أما الأول، فالجواب عنه أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم، ولهذا نقل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أخذ شيئا فهو له» . فكان ذلك من قبيل المباحات؛ من سبق إلى أخذ شيء فهو له.

ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل، إلا أن الأول أصح لقوله: جاء سعد بأسيرين، ولم أجئ أنا وعمار بشيء. وأما الثاني، فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه - عليه السلام - بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم، فأنزل الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال: ١] . والشركة كانت قبل ذلك.

ويدل على صحة هذا، أنها لو كانت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يخل؛ إما أن يكون قد أباحهم أخذها، فصارت كالمباحات، أو لم يبحها لهم، فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ . وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا؛ لأنهم اشتركوا في مباح، وفيما ليس بصناعة، وهو يمنع ذلك، ولأن العمل أحد جهتي المضاربة، فصحت الشركة عليه كالمال، وعلى أبي حنيفة، أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح، كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة، ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك، كالتوكيل في بيع ماله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٢١

(٣٦١٦) فصل: وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع.
فأما مع اختلافها، فقال أبو الخطاب: لا تصح.". (١)

١٥٣. ١٥٣-"ولنا، أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به، فكان القول قوله، كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه، أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به.
وما ذكره القاضي من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة، فليس بنص هاهنا؛ لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما، فلا يكون النص في إحداهما نصا في الأخرى. وما ذكره من المعنى لا أصل له، فلا يعول عليه. ولو غاب رجل، فجاء رجل آخر إلى امرأته، فذكر أن زوجها طلقها وأبانها، ووكله في تجديد نكاحها بألف. فأذنت له في نكاحها، فعقد عليها، وضمن الوكيل الألف، ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله، فالقول قوله، والنكاح الأول بحاله.
وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل، لزمه الألف، إلا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها. وحكي ذلك عن مالك، وزفر. وحكي عن أبي حنيفة، والشافعي، أنه لا يلزم الضامن شيء؛ لأنه فرع عن المضمون عنه، ولم يلزم المضمون عنه شيء، فكذلك فرعه.
ولنا، أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه، وأنه ضامن عنه، فلزمه ما أقر به، كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفا على أجنبي، فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه، وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه، فأقر البائع بالبيع، وأنكره المشتري، فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين. وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل، فلا شيء عليه.
ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة، ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى، فلا يكون فيها اختلاف. والله أعلم.

الحال السادسة، أن يختلفا في صفة الوكالة، فيقول: وكلتك في بيع هذا العبد. قال: بل وكلتني في بيع هذه الجارية. أو قال: وكلتك في البيع بألفين. قال: بل بألف. أو قال: وكلتك في بيعه نقدا. قال بل نسيئة. أو قال: وكلتك في شراء عبد. قال: بل في شراء أمة. أو قال: وكلتك في الشراء بخمسة. قال: بل بعشرة. فقال القاضي: القول قول الموكل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥

وهو مذهب الشافعي، وأصحابالرأي، وابن المنذر وقال أبو الخطاب: إذا قال: أذنت لك في البيع نقدا، في الشراء بخمسة. قال: بل أذنت لي في البيع نسيئة، وفي الشراء بعشرة. فالقول قول الوكيل. نص عليه أحمد في المضاربة؛ لأنه أمين في التصرف، فكان القول قوله في صفته، كالخياط إذا قال: أذنت لي في تفصيله قباء. قال: بل قميصا.

وحكي عن مالك، إن أدركت السلعة، فالقول قول الموكل، وإن فاتت، فالقول قول الوكيل؛ لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان، والأصل عدمه، بخلاف ما إذا كانت موجودة. والقول الأول **أصح**، لوجهين: أحدهما أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل، والأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره". (١)

١٥٤. ١٥٤-"كان الإقرار لمولاه، يلزم بتصديقه ويبطل برده. وإن أقر لبهيمة أو دار، لم يصح إقراره لها، وكان باطلا؛ لأنها لا تملك المال مطلقا، ولا يد لها. وإن قال: علي بسبب هذه البهيمة. لم يكن إقرارا لأحد، ولأنه لم يذكر لمن هي، ومن شرط صحة الإقرار ذكر المقر له. وإن قال: لمالكها أو لزيد علي بسببها ألف. صح الإقرار.

وإن قال: بسبب حمل هذه البهيمة. لم يصح، إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل.

[فصل أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى إرث أو وصية]

(٣٨١٧) فصل: وإن أقر لحمل امرأة بمال، وعزاه إلى إرث أو وصية، صح، وكان للحمل. وإن أطلق، فقال أبو عبد الله بن حامد يصح. وهو **أصح** قولي الشافعي؛ لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح، فصح له الإقرار المطلق، كالطفل. فعلى هذا، إن ولدت ذكرا أو أنثى، كان بينهما نصفين. وإن عزاه إلى إرث أو وصية، كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك.

وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح الإقرار إلا أن يعزيه إلى إرث أو وصية. وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لأنه لا يملك بغيرهما. فإن ولدت الولد ميتا، وكان قد عزا الإقرار إلى إرث أو وصية، عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل، وإن أطلق الإقرار، كلف ذكر السبب، فيعمل بقوله، فإن تعذر التفسير بموته أو غيره، بطل إقراره، كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره. وإن عزا الإقرار إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧٨

جهة غير صحيحة، فقال: لهذا الحمل علي ألف أقرضنيها، أو وديعة أخذتها منه. فعلى قول التميمي، الإقرار باطل، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح إقراره؛ لأنه وصل إقراره بما يسقطه، فيسقط ما وصله به، كما لو قال: له علي ألف لا تلزمني.

وإن قال: له علي ألف جعلتها له. أو نحو ذلك، فهي عدة لا يؤخذ بها. ولا يصح الإقرار لحمل إلا إذا تيقن أنه كان موجودا حال الإقرار على ما تبين في موضعه. وإن أقر لمسجد أو مصنع أو طريق، وعزاه إلى سبب صحيح، مثل أن يقول: من غلة وقفه. صح. وإن أطلق، خرج على الوجهين.

[مسألة أقر بشيء واستثنى من غير جنسه]

مسألة؛ قال: (ومن أقر بشيء، واستثنى من غير جنسه، كان استثناؤه باطلا، إلا أن يستثني عينا من ورق، أو ورقا من عين) في هذه المسألة فصلان: (٣٨١٩) أولهما: أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة إن استثنى مكيلا أو موزونا، جاز، وإن استثنى عبدا أو ثوبا من مكيل أو موزون، لم يجز.". (١)

١٥٥. ١٥٥-"(٣٨٢٠) الفصل الثاني: إذا استثنى عينا من ورق، أو ورقا من عين، فاختلف أصحابنا في صحته؛ فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح؛ لما ذكرنا.

وهو قول محمد بن الحسن. وقال ابن أبي موسى: فيه روايتان. واختار الخرقي صحته؛ لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر، ويعبر بأحدهما عن الآخر، فإن قوما يسمون تسعة دراهم دينارا، وآخرون يسمون ثمانية دراهم دينارا، فإذا استثنى أحدهما من الآخر، علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر، فإذا قال: له علي دينار إلا ثلاثة دراهم، في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة، كان معناه: له علي تسعة دراهم إلا ثلاثة.

ومتى أمكن حمل الكلام على وجه صحيح، لم يجز إلغاؤه، وقد أمكن بهذا الطريق، فوجب تصحيحه. وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما، فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها. وقد ذكرنا الفرق. ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر، أو يعلم قدره منه، ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك، والله

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٢/٥

أعلم.

[فصل ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس في الإقرار]

(٣٨٢١) فصل: ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس، مثل أن يقول: له علي عشرة آصع تمرا برنيا، إلا ثلاثة تمرا معقليا. لم يجز؛ لما ذكرناه في الفصل الأول. ويخالف العين والورق؛ لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر، ولا يعبر بأحدهما عن الآخر. ويحتمل على قول الخرقي جوازه؛ لتقارب المقاصد من النوعين، فهما كالعين والورق. والأول **أصح**؛ لأن العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك.

[فصل الاستثناء في الإقرار]

(٣٨٢٢) فصل: فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه، فجائز بغير خلاف علمناه؛ فإن ذلك في كلام العرب، وقد جاء في الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت: ١٤] . وقال: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون﴾ [الحجر: ٣٠] ﴿إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣١] وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - في الشهيد: «يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين.» وهذا في الكتاب والسنة كثير، وفي سائر كلام العرب.

فإذا أقر بشيء، واستثنى منه، كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء، فإذا قال: له علي مائة إلا عشرة. كان مقرا بتسعين؛ لأن الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل، فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه، ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه إنكارها. وقول الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت: ١٤] . إخبار بتسعمائة وخمسين،". (١)

١٥٦. ١٥٦-"وإن فسره بما لا يتمول عادة، كقشرة جوزة، أو قشرة باذنجانة، لم يقبل إقراره؛ لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته، وهذا لا يثبت في الذمة.

وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع، كالخمر والخنزير والميتة، لم يقبل. وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه، فكذلك. وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه، أو جلد ميتة غير مدبوغ، ففيه وجهان؛ أحدهما،

(١) المغني لابن قدامة ٥/١١٤

يقبل؛ لأنه شيء يجب رده عليه، وتسليمه إليه، فالإيجاب يتناوله. والثاني، لا يقبل؛ لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه، وهذا لا يجب ضمانه. وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها، لم يقبل؛ لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده.

وإن فسره بحد قذف، قبل؛ لأنه حق يجب عليه. ويحتمل أن لا يقبل؛ لأنه لا يئول إلى مال. والأول أصح؛ لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال: هو علي. وإن فسره بحق شفعة، قبل؛ لأنه حق واجب، ويئول إلى المال. وإن فسره برد السلام، أو تشميت العاطس ونحوه، لم يقبل؛ لأنه يسقط بفواته، فلا يثبت في الذمة.

وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة. ويحتمل أن يقبل تفسيره به، إذا أراد أن حقا علي رد سلامه إذا سلم، وتشميته إذا عطس؛ لما روي في الخبر: «للمسلم على المسلم ثلاثون حقا: يرد سلامه، ويشمت عطسته، ويجيب دعوته. وذكر الحديث» .

وإن قال: غصبته شيئا. وفسره بما ليس بمال، قبل؛ لأن اسم الغصب يقع عليه. وإن قال: غصبته نفسه. لم يقبل؛ لأن الغصب لا يثبت عليه. وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة، أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون؛ لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه.

ولنا، أنه مملوك يدخل تحت العقد، فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار، كالمكيل والموزون، ولأنه يثبت في الذمة في الجملة، فصح التفسير كالمكيل، ولا عبرة بسبب ثبوته في الإقرار به، والإخبار عنه.

[فصل الإقرار بمال]

(٣٨٦٤) فصل: وإن أقر بمال، قبل تفسيره بقليل المال وكثيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي؛ لقول الله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم﴾ [التوبة: ١٠٣] . وقوله: ﴿وفي أموالهم حق﴾ [الذاريات: ١٩] .

وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه؛". (١)

١٥٧. ١٥٧-"[فصل ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر]

(٣٨٩١) فصل: وإذا ثبت النسب بالإقرار، ثم أنكر المقر، لم يقبل إنكاره؛ لأنه نسب ثبت بحجة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٣٨

شرعية؛ فلم يزل بإنكاره، كما لو ثبت ببينة أو بالفراش، وسواء كان المقر به غير مكلف، أو مكلفا، فصدق المقر. ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه؛ لأنه ثبت باتفاقهما، فزال برجوعهما، كالمال.

والأول أصح؛ لأنه نسب ثبت بالإقرار، فأشبه نسب الصغير والمجنون. وفارق المال؛ لأن النسب يحتاط لإثباته.

[فصل أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب]

(٣٨٩٢) فصل: وإن أقرت المرأة بولد، ولم تكن ذات زوج ولا نسب، قبل إقرارها. وإن كانت ذات زوج، فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يقبل؛ لأن فيه حملا لنسب الولد على زوجها، ولم يقر به، أو إلحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره. والثانية: يقبل؛ لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه، فقبل كالرجل.

وقال أحمد، في رواية ابن منصور، في امرأة ادعت ولدا: فإن كان لها إخوة أو نسب معروف، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها، فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها، فمتى ادعت ولدا لا يعرفونه، فالظاهر كذبها. ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقا؛ لأن النسب يحتاط له، فأشبهت الرجل.

[فصل قدمت امرأة من بلد الروم ومعها طفل فأقر به رجل]

(٣٨٩٣) فصل: ولو قدمت امرأة من بلد الروم، ومعها طفل، فأقر به رجل، لحقه؛ لوجود الإمكان، وعدم المنازع، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم، أو دخلت هي دار الإسلام ووطئها، والنسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها، بعد عشرين سنة من غيبته، لحقه، وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عرف لها خروج من بلدها.

[فصل أقر بنسب صغير]

(٣٨٩٤) فصل: وإن أقر بنسب صغير، لم يكن مقرا بزوجية أمه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية، كان مقرا بزوجيتها؛ لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة، وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح. ولنا، أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا

مضمونه، فلم يكن مقرا بها، كما لو لم تكن معروفة". (١)

١٥٨. ١٥٨-"الأجنبي الشركة. ويفارق الإقرار الشهادة؛ لقوة الإقرار، ولذلك لا تعتبر فيه العدالة. ولو أقر بشيء له فيه نفع، كالإقرار بنسب موسر، قبل. ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره، قبل فيما عليه دون ما له. كما لو قال لامرأته: خلعتك على ألف. بانت بإقراره، والقول قولها في نفي العوض. وإن قال لعبده: اشتريت نفسك مني بألف. فكذلك.

[فصل إقرار المريض بوارث]

(٣٩٠٧) فصل: ويصح إقرار المريض بوارث، في إحدى الروايتين. والأخرى، لا يصح؛ لأنه إقرار لوارث، فأشبه الإقرار له بمال. والأول أصح؛ لأنه عند الإقرار غير وارث، فصح.

كما لو لم يصر وارثا، ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث، ثم صار وارثا، فمن صحح الإقرار ثم، صححه هاهنا، ومن أبطله، أبطله. وإن ملك ابن عمه، فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته، وهو أقرب عصبته، عتق، ولم يرثه؛ لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته، وإذا بطلت الحرية سقط الإرث، فصار توريثه سببا إلى إسقاط توريثه، فأسقطنا التوريث وحده. ويحتمل أن يرث؛ لأنه حين الإقرار غير وارث، فصح إقراره له، كالمسألة قبلها.

[فصل الإقرار من المريض بإحبال الأمة]

(٣٩٠٨) فصل: ويصح الإقرار من المريض بإحبال الأمة؛ لأنه يملك ذلك، فملك الإقرار به. وكذلك كل ما ملكه ملك الإقرار به. فإذا أقر بذلك، ثم مات، فإن بين أنه استولدها في ملكه، فولده حر الأصل، وأمه أم ولد، تعتق من رأس المال.

وإن قال: من نكاحه، أو وطء شبهة. لم تصر الأمة أم ولد وعتق الولد، فإن كان من نكاح فعليه الولاء؛ لأنه مسه رق، وإن قال: من وطء شبهة. لم تصر الأمة أم ولد. وإن لم يتبين السبب، فالأمة مملوكة؛ لأن الأصل الرق، ولم يثبت سبب الحرية. ويحتمل أن تصير أم ولد؛ لأن الظاهر استيلادها في ملكه، من قبل أنها مملوكته، والولادة موجودة، ولا ولاء على الولد؛ لأن الأصل عدمه، فلا يثبت إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٢/٥

بدليل.

[فصل الألفاظ التي يثبت بها الإقرار]

(٣٩٠٩) فصل: في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار، إذا قال: له على ألف. أو قال له: لي عليك ألف؟ فقال: نعم، أو أجل، أو صدقت، أو لعمري، أو أنا مقر به، أو بما ادعيت، أو بدعواك. كان مقرا في جميع ذلك؛ لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق، قال الله تعالى: ﴿فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم﴾ [الأعراف: ٤٤] .

وإن قال: أليس لي عندك ألف؟ قال: بلى. كان إقرارا صحيحا؛ لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي،". (١)

١٥٩. ١٥٩-"[فصل ولد العارية لا يجب ضمانه]

(٣٩١٤) فصل: فأما ولد العارية، فلا يجب ضمانه، في أحد الوجهين؛ لأنه لم يدخل في الإعارة، فلم يدخل في الضمان، ولا فائدة للمستعير فيه، فأشبه الوديعة، ويضمنه في الآخر؛ لأنه ولد عين مضمونة، فيضمن، كولد المغصوبة. والأول أصح؛ فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوبا. وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه. وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوبا، فلا أثر لكونه ولدا لها.

(٣٩١٥) فصل: ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، فإن لم تكن مثلية، ضمنها بقيمتها يوم تلفها، إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها، إن كانت قيمتها حينئذ أكثر، وإن كانت أقل، ضمنها بقيمتها يوم تلفها، على الوجهين جميعا.

[فصل إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير]

(٣٩١٦) فصل: وإن كانت العين باقية، فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها، ويبرأ ذلك من ضمانها. وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من ضمانها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة يبرأ؛ لأنها صارت كالمقبوضة، فإن رد العواري في العادة يكون إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٠/٥

أملاك أربابها، فيكون مأذونا فيه من طريق العادة.
ولنا، أنه لم يردها إلى مالكها، ولا نائبه فيها، فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي. وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز، ولا تعرف العادة التي ذكرها. وإن ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه، كزوجته المتصرفة في ماله، ورد الدابة إلى سائسها، فقياس المذهب أنه يبرأ. قاله القاضي؛ لأن أحمد قال في الوديعة: إذا سلمها المودع إلى امرأته، لم يضمنها.
ولأنه مأذون في ذلك عرفا، أشبه ما لو أذن فيه نطقا. ومؤنة الرد على المستعير؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «العارية مؤداة» . وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه؛ إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره؛ لأن ما وجب رده، لزم رده إلى موضعه، كالمغصوب.

[فصل لا تصح العارية إلا من جائز التصرف]
فصل: (٣٩١٧) ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف؛ لأنه تصرف في المال، فأشبه التصرف بالبيع وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها، مثل قوله: أعرتك هذا. أو يدفع إليه شيئا، ويقول: أبحتك الانتفاع به. أو خذ هذا فانتفع به. أو يقول: أعرني هذا. أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه.". (١)

١٦٠. ١٦٠-"مال الغاصب، فلم يملك صاحب الأرض أخذه، كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا.
وإن طلب أخذه بقيمته، وأبي مالكه إلا القلع، فله القلع؛ لأنه ملكه، فملك نقله. ولا يجبر على أخذ القيمة؛ لأنها معاوضة، فلم يجبر عليها.
وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها، جاز؛ لأن الحق لهما، فجاز ما اتفقا عليه. وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض، ليتخلص من قلعه، وقبله المالك، جاز. وإن أبى قبوله، وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله؛ لما تقدم، وإن لم يكن فيه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله؛ لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت، ويحتمل أن لا يجبر؛ لأن فيه إجبارا على عقد يعتبر الرضى فيه.
وإن غصب أرضا وغراسا من رجل واحد، فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض. فإن طالبه المالك بقلعه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٦/٥

وفي قلعه غرض، أجبر على قلعه؛ لأنه فوت عليه غرضا مقصودا بالأرض، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض، ونقصها، ونقص الغراس؛ لما ذكرنا. وإن لم يكن في قلعه غرض، لم يجبر على قلعه؛ لأنه سفه، فلا يجبر على السفه.

وقيل: يجبر؛ لأن المالك محكم في ملكه، والغاصب غير محكم، فإن أراد الغاصب قلعه، ومنعه المالك لم يملك قلعه؛ لأن الجميع ملك للمغصوب منه، فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

[فصل حكم البناء في الأرض المغصوبة]

(٣٩٣٦) فصل: والحكم فيما إذا بنى في الأرض، كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه، إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها، إذا لم يكن في النقض غرض صحيح؛ لأن النقض سفه. والأول أصح؛ لما روى الخلال، بإسناده عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من بنى في رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقض» . ولأن ذلك معاوضة، فلا يجبر عليها. وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها، فليس للغاصب النقض، على ما ذكرنا في الغرس.

[فصل غصب دارا فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته]

(٣٩٣٧) فصل: وإن غصب دارا، فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته، وفي إزالته غرض، لزمه إزالته، وأرش نقصها إن نقصت، وإن لم يكن فيه غرض، فوهبه الغاصب لمالكها، أجبر على قبوله؛ لأن ذلك صفة في الدار، فأشبه قصارة الثوب. ويحتمل أن لا يجبر؛ لأنها أعيان متميزة، فصارت بمنزلة القماش. وإن طلب الغاصب قلعه، ومنعه المالك، وكان له قيمة بعد الكشط، فللغاصب قلعه، كما يملك قلع غراسه، سواء بذل له المالك قيمته، أو لم يبذل. وإن لم يكن له قيمة، ففيه وجهان؛". (١)

١٦١. ١٦١-"والرواية الثانية، أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذر، ومؤنة الزرع في الحرث والسقي، وغيره. وهذا الذي ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث، لقوله - عليه السلام - " عليه نفقته ". وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٨١

والحديث، مبني على هذه المسألة؛ فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانا، على خلاف القياس، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء عين ماله، فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له. أو طعاما فعلفه دواب له، كان النماء له. وقد صرح به أحمد فقال: هذا شيء لا يوافق القياس، أستحسن أن يدفع إليه نفقته؛ للأثر. ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له، وإذا كان العمل بالحديث، فيجب أن يتبع مدلوله.

(٣٩٥١) فصل: فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض، ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والنعناع، احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا؛ لدخوله في عموم الزرع، لأنه ليس له فرع قوي، فأشبه الحنطة والشعير. واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس؛ لبقاء أصله وتكرر أخذه، ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس، وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر، ففيما عداه يبقى على قضية القياس.

[فصل غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها]

(٣٩٥٢) فصل: وإن غصب أرضا فغرسها فأثمرت، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها، فهي له. وإن أدركها والثمرة فيها، فكذلك؛ لأنها ثمرة شجره، فكانت له، كما لو كانت في أرضه، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب، فكان له، كأغصانها وورقها. ولبن الشاة وولدها. وقال القاضي: هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس؛ لأن أحمد قال، في رواية علي بن سعيد: إذا غصب أرضا فغرسها، فالنماء لمالك الأرض.

قال القاضي: وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة؛ لأن الثمرة في معنى الزرع فكانت لصاحب الأرض إذا أدركه قائما فيها، كالزرع. والأول **أصح**؛ لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس، وإنما صار إليه للأثر، فيختص الحكم به، ولا يعدى إلى غيره، ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين؛ أحدهما، أن الزرع نماء الأرض، فكان لصاحبها، والثمرة نماء الشجر. فكان لصاحبه. الثاني، أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه، مثل البذر الذي نبت منه الزرع، مع ما أنفق عليه، ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ١٩٠/٥

١٦٢. ١٦٢-"[مسألة الغاصب للجارية باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم]

(٣٩٧٠) مسألة قال: (وإن كان الغاصب باعها، فوطئها المشتري، وأولدها، وهو لا يعلم، ردت الجارية إلى سيدها، ومهر مثلها، وفدى أولاده بمثلهم، وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب) وجملة ذلك، أن الغاصب إذا باع الجارية، فبيعه فاسد؛ لأنه يبيع مال غيره بغير إذنه. وفيه رواية أخرى، أنه يصح، ويقف على إجازة المالك.

وقد ذكرنا ذلك في البيع. وفيه رواية ثالثة، أن البيع يصح، وينفذ، لأن الغصب في الظاهر تتطاول مدته، فلو لم يصح تصرف الغاصب، أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري؛ لأن المالك لا يملك ثمنها، والمشتري لا يملكها. والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب، إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة، قبل منه، بخلاف الغاصب، فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه. ويجب رد الجارية إلى سيدها، وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها؛ لأن الغاصب أخذها بغير حق، وقد قال النبي: - صلى الله عليه وسلم - «على اليد ما أخذت حتى ترده» .

والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضا، فيدخل في عموم الخبر، ولأن مال غيره في يده. وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى. ويلزم المشتري المهر؛ لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح، وعليه أرش البكارة، ونقص الولادة. وإن ولدت منه، فالولد حر؛ لاعتقاده أنه يطأ مملوكته، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا، ويلحقه نسبه، وعليه فداؤهم؛ لأنه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء.

وهذا الصحيح في المذهب، وعليه **الأصحاب**. وقد نقل ابن منصور، عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده، وليس للسيد بدلهم؛ لأنهم كانوا في حال العلوق أحرارا، ولم يكن لهم قيمة حينئذ. قال الخلال أحسبه قولا لأبي عبد الله أول، والذي أذهب إليه أنه يفديهم. وقد نقله ابن منصور أيضا، وجعفر بن محمد، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة؛ لأن ولد المغصوبة لا يضمنه عنده إلا بالمنع، وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى، أنه يحدث مضمونا، فيقوم يوم وضعه؛ لأنه أول حال أمكن تقويمه. واختلف أصحابنا فيما يفديهم به، فنقل الخرقي هاهنا أنه يفديهم بمثلهم. والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن، والصفات، والجنس، والذكورية والأنوثية، وقد نص عليه أحمد وقال أبو بكر عبد العزيز: يفديهم بمثلهم في القيمة. وعن أحمد رواية ثالثة، أنه يفديهم بقيمتهم. وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو

أصح إن شاء الله تعالى؛ لأن الحيوان ليس بمثلي، فيضمن بقيمته". (١)

١٦٣. ١٦٣-"الثاني، أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ؛ لأن الصفقة تفرقت عليه، وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه.

وإنما قلنا بالصحة؛ لأن البطلان إنما جاء من المحاباة، فاختص بما قابلها. الوجه الثالث، أنه يصح في الجميع، ويقف على إجازة الورثة، لأن الوصية للوارث صحيحة، في أصح الروايتين، وتقف على إجازة الورثة، فكذلك المحاباة له، فإن أجازوا المحاباة، صح البيع في الجميع، ولا خيار للمشتري، ويملك الشفيع الأخذ به؛ لأنه يأخذ بالثمن، وإن ردوا، بطل البيع في قدر المحاباة، وصح فيما بقي.

ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة أو ردهم؛ لأن حقهم متعلق بالمبيع، فلم يملك إبطاله، وله أخذ ما صح البيع فيه. وإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة، وفي التي قبلها، واختار الشفيع الأخذ بالشفعة، قدم الشفيع؛ لأنه لا ضرر على المشتري، ويجري مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه. القسم الثاني، إذا كان المشتري أجنبيا، والشفيع أجنبي، فإن لم تزد المحاباة على الثلث، صح البيع، وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن؛ لأن البيع حصل به، فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصا، وإن زادت على الثلث، فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث.

وإن كان الشفيع وارثا، ففيه وجهان؛ أحدهما، له الأخذ بالشفعة؛ لأن المحاباة وقعت لغيره، فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها، كما لو وهب غريم وارثه مالا، فأخذه الوارث. والثاني، يصح البيع، ولا تجب الشفعة. وهو قول أصحاب أبي حنيفة؛ لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة، ويفارق الهبة لغريم الوارث؛ لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة، وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه، فافترقا.

ولأصحابالشافعي في هذا خمسة أوجه، وجهان كهذين. والثالث، أن البيع باطل من أصله؛ لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث. وهذا فاسد؛ لأن الشفعة فرع للبيع. ولا يبطل الأصل ببطلان فرع له وعلى الوجه الأول، ما حصلت للوارث بالمحاباة، إنما حصلت لغيره، ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشتري، فأشبه هبة غريم الوارث.

الوجه الرابع، أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن، بمنزلة هبة المقابل للمحاباة؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠١/٥

لأن المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف. وهذا لا يصح؛ لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف، ما كان للشفيع الأجنبي أخذ الكل، لأن الموهوب لا شفعة فيه.". (١)

١٦٤. ١٦٤-"فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وإن طالت

وقد قيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة. وهذا تحكم، وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع. فأما أقل المدة، فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها، فلا يجوز على أقل منها؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، ولا يوجد في أقل من هذه المدة.

فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة، فالمساقاة فاسدة. فإذا عمل فيها، فظهرت الثمرة ولم تكمل، فله أجر مثله، في أحد الوجهين، وفي الآخر، لا شيء له؛ لأنه رضي بالعمل بغير عوض، فهو كالمتبرع والأول أصح؛ لأن هذا لم يرض إلا بعوض، وهو جزء من الثمرة، وذلك الجزء موجود، غير أنه لا يمكن تسليمه إليه، فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه إليه، كان له أجر مثله، كما في الإجارة الفاسدة. وفارق المتبرع؛ فإنه رضي بغير شيء. وإن لم تظهر الثمرة فلا شيء له، في أصح الوجهين؛ لأنه رضي بالعمل بغير عوض. وإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا، فلم يحمل تلك السنة، فلا شيء للعامل؛ لأنه عقد صحيح، لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه، فأشبه المضاربة إذا لم يربح فيها

وإن ظهرت الثمرة، ولم تكمل، فله نصيبه منها، وعليه إتمام العمل فيها، كما لو انفسخت قبل كمالها. وإن ساقاه إلى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة. ويحتمل أن لا يكون، ففي صحة المساقاة وجهان: أحدهما تصح؛ لأن الشجر يحتمل أن يحمل، ويحتمل أن لا يحمل، والمساقاة جائزة فيه. والثاني لا يصح؛ لأنه عقد على معدوم، ليس الغالب وجوده، فلم تصح، كالسلم في مثل ذلك، ولأن ذلك غرر أمكن التحرز عنه، فلم يجز العقد معه، كما لو شرط ثمر نخلة بعينها. وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة، فإن الغالب أن الشجر يحمل، واحتمال أن لا يحمل نادر، لم يمكن التحرز عنه

فإن قلنا: العقد صحيح. فله حصته من الثمر. فإن لم يحمل، فلا شيء له. وإن قلنا: هو فاسد.

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٣٨

استحق أجر المثل، سواء حمل أو لم يحمل؛ لأنه لم يرض بغير عوض، ولم يسلم له العوض، فكان له العوض، وجها واحدا، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالبا. ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل، فله حقه منها إذا قلنا بصحة العقد، وإن خرجت بعده، فلا حق له فيها. ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا.

[فصل لا يثبت في المساقاة خيار الشرط]

(٤١٢٥) فصل: ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط؛ لأنها إن كانت جائزة. فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة، فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه، وهو العمل فيها. وأما خيار المجلس فلا يثبت إن كانت جائزة؛ لما تقدم. وإن كانت لازمة، فعلى وجهين". (١)

١٦٥. ١٦٥-"والعمل. وإن قال صاحب الأرض لرجل: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي، ويكون سقيها من مائك، والزرع بيننا. ففيها روايتان:

إحداهما لا يصح. اختارها القاضي؛ لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل، وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر، لأن الماء لا يباع ولا يستأجر، فكيف تصح المزارعة به؟

والثانية، يصح

اختارها أبو بكر، ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان، وحرب؛ لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع، فجاز أن يكون من أحدهما، كالأرض والعمل. والأول أصح؛ لأن هذا ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص؛ لما ذكرناه.

[فصل اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل]

(٤١٤٩) فصل: وإن اشترك ثلاثة، من أحدهم الأرض، ومن الآخر البذر، ومن الآخر البقر والعمل، على أن ما رزق الله بينهم فعملوا، فهذا عقد فاسد، نص عليه في رواية أبي داود، ومهنا، وأحمد بن القاسم، وذكر حديث مجاهد «، في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠١/٥

– فقال أحدهم: علي الفدان. وقال الآخر: قبلي الأرض. وقال الآخر: قبلي البذر. وقال الآخر: قبلي العمل. فجعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما، ولصاحب الفدان شيئا معلوما» .

فقال أحمد: لا يصح، والعمل على غيره. وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور، عن الوليد بن مسلم، عن الأوزاعي، وعن واصل بن أبي جميل، عن مجاهد، وقال في آخره: فحدثت به مكحولا، فقال: ما يسرني بهذا الحديث وصيفا. وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في صدر الفصل، وهما فاسدان؛ لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض، أو من العامل، وليس هو ها هنا من واحد منهما

وليست شركة؛ لأن الشركة تكون بالأثمان، وإن كانت بالعروض، اعتبر كونها معلومة، ولم يوجد شيء من ذلك ها هنا. وليست إجارة؛ لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة، وعوض معلوم. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحابالرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء ماله، ولصاحبيه عليه أجر مثلهما؛ لأنهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى، فإذا لم يسلم، عاد إلى بدله. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور.". (١)

١٦٦. ١٦٦–"فعلى هذا، إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة، لم يلزمه العمل في بقيتها؛ لأنه وفى ما عليه قبل مدته، فلم يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل، فللمستأجر فسخ الإجارة؛ لأن الأجير لم يف له بشرطه. وإن رضي بالبقاء عليه، لم يملك الأجير الفسخ، لأن الإخلال بالشرط منه، فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ، كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته، لم يملك المسلم إليه الفسخ، ويملكه المسلم

فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير،، كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده. لم يكن له أكثر من المسلم فيه. وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل، سقط الأجر والعمل. وإن كان بعد عمل شيء منه، فله أجر مثله؛ لأن العقد قد انفسخ، فسقط المسمى، ورجع إلى أجر المثل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٧/٥

[فصل اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس]

(٤١٥٩) فصل: ومن اكترى دابة إلى العشاء، فآخر المدة إلى غروب الشمس. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة، وأبو ثور: آخرها زوال الشمس؛ لأن العشاء آخر النهار، وآخر النهار النصف الآخر من الزوال، ولذلك جاء في حديث ذي اليدين، عن «أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: صلى بنا النبي - صلى الله عليه وسلم - إحدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر» . هكذا تفسيره. ولنا قول الله تعالى: ﴿ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم﴾ [النور: ٥٨] يعني العتمة. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل»

وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس، لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة، فدل على أن الأولى المغرب، وهو في العرف كذلك، فوجب أن يتعلق الحكم به؛ لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله، كما لو جعلها إلى الليل. وما ذكروه لا يصح؛ لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر، حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد. ثم لو ثبت أن معناهما واحد، غير أن أهل العرف لا يعرفونه، فلا يتعلق به حكم. وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشي؛ لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه

وإن اكتراها إلى الليل، فهو إلى أوله، وكذلك إن اكتراها إلى النهار، فهو إلى أوله. ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى، والنهار في الثانية؛ لما ذكرناه في مدة الخيار، والأول **أصح**. وإن اكتراها نهارا فهو إلى غروب الشمس. وإن اكتراها ليلة، فهي إلى طلوع الفجر، في قول". (١)

١٦٧. ١٦٧-"يستقر بدلها قبل استيفائها، كالأجر للأجير المشترك. فإن بذل تسليم العين، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه؛ لأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة، فاستقر عليه الأجر، كما لو كانت في يده

وإن بذل تسليم العين، وكانت الإجارة على عمل، فقال أصحابنا : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها، استقر عليه الأجر. وبهذا قال الشافعي؛ لأن المنافع تلفت باختياره. وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه. وهو **أصح** عندي؛ لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يستقر عوضه ببذل التسليم، كالمسلم فيه، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن، فلم يستقر عوضها بالبذل، كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٦

وامتنع الزوج من أخذها

وإن كان هذا في إجارة فاسدة، ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه؛ لأنها لم تتلف تحت يده، ولا في ملكه. وإن قبضها، ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن، فعن أحمد روايتان إحداهما عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده، وهو قول الشافعي؛ لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له، فرجع إلى قيمتها، كما لو استوفاها. والثانية، لا شيء له. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه عوضها، كالنكاح الفاسد، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد، فعليه أجر المثل. وبه قال مالك، والشافعي

وقال أبو حنيفة: يجب أقل الأمرين، من المسمى أو أجر المثل، بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد. ولنا أن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد، كالأعيان. وما ذكره لا نسلمه. والله أعلم.

[مسألة إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم]

(٤١٦٩) مسألة قال: (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم، لم يكن لواحد منهما الفسخ، إلا عند تقضي كل شهر) . وجملة ذلك أنه إذا قال: أجرتك هذا كل شهر بدرهم. فاختلف أصحابنا ، فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة. وهو المنصوص عن أحمد، في رواية ابن منصور، واختيار الخرقي، إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد؛ لأنه معلوم يلي العقد، وله أجر معلوم، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به، وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار؛ لأنه مجهول حال العقد.

فإذا تلبس به، تعين بالدخول فيه، فصح بالعقد الأول، وإن لم يتلبس به، أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ. وكذلك حكم كل شهر يأتي. وهذا مذهب أبي ثور، وأصحابالرأي. وحكي عن مالك نحو هذا، إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده؛ لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر، فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣١/٥

١٦٨.   ١٦٨-"الشتاء أكثر من أجرها في الصيف، وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء، أو دار لها موسم، كدور مكة، رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع. وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة، كبعير استأجره على حمل شيء إلى مكان معين، وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

[فصل أن يحدث على العين المؤجرة ما يمنع نفعها]

(٤١٧٩) فصل: القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها، كدار انهدمت، وأرض غرقت، أو انقطع ماؤها، فهذه ينظر فيها؛ فإن لم يبق فيها نفع أصلا، فهي كالتالفة سواء، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له، مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها، أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع، أو صيد السمك من الأرض التي غرقت، انفسخت الإجارة أيضا؛ لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت، فانفسخت الإجارة، كما لو استأجر دابة ليركبها، فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى. وقال القاضي، في الأرض التي ينقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة فيها

وهو منصوص الشافعي؛ لأن المنفعة لم تبطل جملة؛ لأنه يمكن الانتفاع بعرصة الأرض بنصب خيمة، أو جمع حطب فيها، فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه. فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء؛ فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات، وإن اختار إمضاء العقد، فعليه جميع الأجر؛ لأن ذلك عيب، فإذا رضي به، سقط حكمه. فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء، إما لجهله بأن له الفسخ، أو لغير ذلك، فله الفسخ بعد ذلك. والأول أصح، لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه، كما في البيع

ولو كان النفع الباقي في الأعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد، كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل، أو بالعكس، انفسخ العقد. وجها واحدا؛ لأن المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها، فلا يملكها مع تعيبها كبيعها. وأما إن أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له، على نعت من القصور، مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع، أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار، إما في خيمة أو غيرها، لم تنفسخ الإجارة؛ لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية، فأشبه ما لو تعيبت، وللمستأجر خيار

الفسخ على ما ذكرنا، إلا في الدار إذا انهدمت، فإن فيها وجهين". (١)

١٦٩.　　١٦٩-"[فصل شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا بمن هو دونه]

فصل: فإن شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله، ولا بمن هو دونه، فقياس قول أصحابنا صحة العقد، وبطلان الشرط، فإن القاضي قال فيمن شرط أن يزرع في الأرض حنطة، ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط، ويصح العقد. ويحتمل أن يصح الشرط. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر، فلا يملك ما لم يرض به، ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة، وقالوا في الوجه الآخر: يبطل الشرط

لأنه ينافي موجب العقد، إذ موجبه ملك المنفعة، والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنفسه، وبعضها بنائبه، والشرط ينافي ذلك، فكان باطلا. وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أصحهما، لا يبطله، لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرا، فألغي، وبقي العقد على مقتضاه. والآخر يبطله؛ لأنه ينافي مقتضاه، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع.

[فصل للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها]

(٤٢١٤) فصل: ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها. نص عليه أحمد. وهو قول سعيد بن المسيب، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، والنخعي، والشعبي، والثوري، والشافعي وأصحابالرأي. وذكر القاضي فيه رواية أخرى، أنه لا يجوز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ربح ما لم يضمن

والمنافع لم تدخل في ضمانه. ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه. والأول أصح؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها، كبيع الثمرة على الشجرة. ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل. إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه، أو دونه في الضرر؛ لما تقدم. فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر، في أحد الوجهين

وهذا قول أبي حنيفة، والمشهور من قولي الشافعي؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة، فاعتبر في جواز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٣٧

العقد عليها القبض، كالأعيان. والآخر، يجوز، وهو قول بعض الشافعية؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف عليه. فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر، فإذا قلنا: لا يجوز من غير المؤجر كان فيها هاهنا وجهان أحدهما لا يجوز؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها". (١)

١٧٠. ١٧٠-"والثاني له بحصته من المسمى، كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه

ويحتمل أنه إن جاء به ناقصا في العرض، فلا شيء له، وإن كان ناقصا في الطول، فله بحصته من المسمى؛ لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض. وإن جاء به زائدا في أحدهما، ناقصا في الآخر، فلا أجر له في الزائد، وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه. وقال محمد بن الحسن في الموضعين: يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله، وبين أن يأخذه ويدفع إليه المسمى في الزائد، أو بحصة المنسوج في الناقص؛ لأن غرضه لم يسلم له، لأنه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير، وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل، فكأنه أتلف عليه غزله

ولنا أنه وجد عين ماله، فلم يكن له المطالبة بعوضه، كما لو جاء به زائدا في الطول وحده. فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الأصل، مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفا، فنسجه خمسة عشر، فصار صفيقا، أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقا، فنسجه عشرة، فصار خفيفا، فلا أجر له بحال، وعليه ضمان نقص الغزل؛ لأنه لم يأت بشيء مما أمر به.

[فصل دفع إلى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قميصا فاقطعه فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف]

(٤٢٨٢) فصل: إذا دفع إلى خياط ثوبا، فقال: إن كان يقطع قميصا فاقطعه. فقال: هو يقطع. وقطعه، فلم يكف، فعليه ضمانه. وإن قال: انظر هذا يكفيني قميصا؟ قال: نعم. قال: اقطعه. فقطعه، فلم يكفه، لم يضمن. وبهذا قال الشافعي، وأصحابالرأي. وقال أبو ثور: لا ضمان عليه في المسألتين؛ لأنه لو كان غره في الأولى، لكان قد غره في الثانية

ولنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته، فقطعه بدون شرطه، وفي الثانية أذن له من غير شرط، فافترقا، ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغريره، بل لعدم الإذن في قطعه؛ لأن إذنه مقيد بشرط كفايته، فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط، بخلاف الثانية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥٤

[فصل أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة]

(٤٢٨٣) فصل: فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل، فقطعه قميص امرأة، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا؛ لأن هذا قطع غير مأذون فيه، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن. وقيل: يغرم ما بين قميص امرأة وقميص رجل؛ لأنه مأذون في قميص في الجملة. والأول أصح؛ لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة، فإذا قطع قميصا غيره، لم يكن فاعلا لما أذن فيه، فكان متعديا بابتداء القطع، ولذلك لا يستحق على القطع أجرا، ولو فعل ما أمر به، لاستحق أجره.". (١)

١٧١. ١٧١-"ما هو مثلها في الضرر، أو أدنى منها، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي، ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه وإن لم يرع. ويفارق الثوب في الخياطة؛ لأن الثياب في مظنة الاختلاف، في سهولة خياطتها ومشقتها، بخلاف الرعي

فعلى هذا، له إبدالها بمثلها. وإن تلف بعضها، لم ينفسخ العقد فيه، وكان له إبداله. وإن وقع العقد على موصوف في الذمة، فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه، إبلا، أو بقرا، أو غنما، أو ضأنا، أو معزا. وإن أطلق ذكر البقر والإبل، لم يتناول الجواميس والبخاتي؛ لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفا. وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم، احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها، كالغنم؛ لأن كل نوع له أثر في إتعاب الراعي، ويذكر الكبر والصغر، فيقول: كبارا أو سخالا، أو عجاجيل أو فصلانا، إلا أن يكون ثم قرينة، أو عرف صارف إلى بعضها، فيغني عن الذكر

وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة، لم يجب عليه رعي زيادة عليها، لا من سخالها ولا من غيرها. وإن أطلق العقد ولم يذكر عددا، لم يجز. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال القاضي: يصح، ويحمل على ما جرت به العادة، كالمائة من الغنم ونحوها. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. والأول أصح؛ لأن العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيرا، إذ العمل يختلف باختلافه.

[فصل ما تجوز إجارته]

(٤٣٠٥) فصل: فيما تجوز إجارته، تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة، مع بقائها

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٢

بحكم الأصل، كالأرض، والدار، والعبد، والبهيمة، والثياب، والفساطيط، والحبال، والخيام، والمحامل، والسرج، واللجام، والسيف، والرمح، وأشباه ذلك. وقد ذكرنا كثيرا مما تجوز إجارته في مواضعه. وتجوز إجارة الحلي. نص عليه أحمد، في رواية ابنه عبد الله. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحابالرأي

وروي عن أحمد، أنه قال في إجارة الحلي: ما أدري ما هو؟ قال القاضي: هذا محمول على إجارته بأجرة من جنسه، فأما بغير جنسه، فلا بأس به، لتصريح أحمد بجوازه. وقال مالك، في إجارة الحلي والثياب: هو من المشتبهات. ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة، وليس ذلك من المقاصد الأصلية. ومن منع ذلك بأجر من جنسه، فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال، فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة، فيحصل الأجر في مقابلتها، ومقابلة الانتفاع بها، فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر. ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة، مع بقاء عينها، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية؛ فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى: ﴿لتركبوها وزينة﴾ [النحل: ٨] وقال تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾ [الأعراف: ٣٢]

وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال، لحاجتهن إلى التزين للأزواج، وأسقط الزكاة عن حليهن". (١)

١٧٢. ١٧٢-"معونة لهن على اقتنائه. وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح؛ لأن ذلك يسير، لا يقابل بعوض، ولا يكاد يظهر في وزن، ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع، لا في مقابلة الأجزاء؛ لأن الأجر في الإجارة، إنما هو عوض المنفعة، كما في سائر المواضع، ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب، لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر؛ لإفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض. والله أعلم.

[فصل إجارة الدراهم والدنانير]

(٤٣٠٦) فصل: وتجوز إجارة الدراهم والدنانير، للوزن والتحلي، في مدة معلومة. وبه قال أبو حنيفة. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر، أنها لا تجوز إجارتها؛ لأن هذه المنفعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٣

ليست المقصودة منها، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها، فأشبهت الشمع. ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة، فأشبهت الحلي، وفارقت الشمع؛ فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه.

إذا ثبت هذا، فإنه إن ذكر ما يستأجره له، وعينه، فحسن، وإن أطلق الإجارة، فقال أبو الخطاب: تصح الإجارة، وينتفع بها فيما شاء منهما؛ لأن منفعتهما في الإجارة متعينة في التحلي والوزن، وهما متقاربان، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما، كاستئجار الدار مطلقا، فإنه يتناول السكنى، ووضع المتاع فيها. وقال القاضي: لا تصح الإجارة، وتكون قرضا. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأن الإجارة تقتضي الانتفاع، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها، فإذا أطلق الانتفاع، حمل على الانتفاع المعتاد

وقال أصحاب الشافعي: لا تصح الإجارة، ولا تكون قرضا؛ لأن التحلي ينقصها، والوزن لا ينقصها، فقد اختلفت جهة الانتفاع، فلم يجز إطلاقها. ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض؛ لأن القرض تمليك للغير، والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين، فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر. ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلا، ولم يعهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض. وقول أبي الخطاب **أصح**، إن شاء الله تعالى؛ لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة، كان أولى من إفساده، وقد أمكن حمله على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها

وقول القاضي لا يصح؛ لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين، فلا تحمل على غير ذلك. وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد؛ فإن ذلك يسير لا أثر له، فوجوده كعدمه.

[فصل استأجر شجرا ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها]

(٤٣٠٧) فصل: ويجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا، ليجفف عليها الثياب، أو يبسطها عليها ليستظل بظلها، ولأصحابالشافعي في ذلك وجهان؛ لما ذكروه في الأثمان.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٤

١٧٣. ١٧٣-"لأن أبا هريرة روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «حريم البئر أربعون ذراعا لأعطان الإبل والغنم» وعن الشعبي مثله، رواه أبو عبيد.

ولنا ما روى الدارقطني والخلال، بإسنادهما عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا، وحريم البئر العادي خمسون ذراعا» وهذا نص. وروى أبو عبيد، بإسناده عن يحي بن سعيد الأنصاري، أنه قال: السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا، والبدي خمس وعشرون ذراعا

وبإسناده عن سعيد بن المسيب، قال: حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها، وحريم البئر العادية خمسون ذراعا من نواحيها كلها. ولأنه معنى يملك به الموات، فلا يقف على قدر الحاجة، كالحائط. ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء، فإنه يحتاج إلى ما حولها عطنا لإبله، وموقفا لدوابه وغنمه، وموضعا يجعل فيه أحواضا يسقي منها ماشيته، وموقفا لدابته التي يستقي عليها

وأشباه ذلك، فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء، وأما حديث أبي حنيفة، فحديثنا أصح منه، ورواهما أبو هريرة، فيدل على ضعفه. إذا ثبت هذا، فظاهر كلام الخرقي أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر. وعند الشافعي، والقاضي، ليس بمملوك. وقد سبق ذكر هذا.

(٤٣٦٢) فصل: ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وإن لم يصل إلى الماء، فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء، على ما قدمناه

ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها، فاستخرجه، ليكون ذلك إحياء لها. وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون، فليس لأحد احتجاره ومنعه؛ لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة، التي يرتفق بها الناس، وهكذا العيون النابعة، ليس لأحد أن يختص بها. ولو حفر رجل بئرا للمسلمين ينتفعون بها، أو لينتفع هو بها مدة إقامته عندها ثم يتركها، لم يملكها، وكان له الانتفاع بها.

فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم، كالمعادن الظاهرة، وما دام مقيما عندها فهو أحق بها؛ لأنه سابق إليها، فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٣٩

١٧٤. ١٧٤-"ولنا أنه يصح بيعها، كذلك يصح وقفه، كالدار جميعها، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف، فجاز فيما ذكرنا كالبيع.

[فصل جعل وسط داره مسجدا ولم يذكر الاستطراق]

(٤٣٨٠) فصل: وإن جعل وسط داره مسجدا، ولم يذكر الاستطراق، صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق. ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع، من ضرورته الاستطراق، فصح، وإن لم يذكر الاستطراق، كما لو أجر بيتا من داره.

[فصل وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده]

(٤٣٨١) فصل: إذا وقف على نفسه، ثم على المساكين، أو على ولده، ففيه روايتان إحداهما، لا يصح؛ فإنه قال، في رواية أبي طالب، وقد سئل عن هذا، فقال: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله، وفي سبيل الله، فإذا وقفه عليه حتى يموت، فلا أعرفه. فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا. وهل يبطل الوقف على من بعده؟ على وجهين، بناء على الوقف المنقطع الابتداء. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه، كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك، فلم يصح ذلك، كما لو أفرده بأن يقول: لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه

ونقل جماعة أن الوقف صحيح، اختاره ابن أبي موسى. قال ابن عقيل: وهي **أصح**. وهو قول ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي يوسف، وابن سريج؛ لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه، ولأنه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به، كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه، والأول أقيس.

[مسألة وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم]

(٤٣٨٢) مسألة؛ قال: (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية، إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم) في هذه المسألة فصول أربعة: (٤٣٨٣) الأول: أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم، كان الوقف بين القوم وأولادهم، ومن حدث من نسلهم، على سبيل الاشتراك، إن لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا؛ لأن الواو تقتضي الاشتراك، فإذا اجتمعوا اشتركوا، ولم يقدم بعضهم على بعض، ويشارك الآخر الأول، وإن كان من البطن العاشر، وإذا حدث

حمل لم يشارك حتى ينفصل؛ لأنه يحتمل أن لا يكون حملا، فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله.". (١)

١٧٥. ١٧٥-"الوقف، ولم يجز بيعه؛ لأن الأصل تحريم، البيع، وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع، مع إمكان تحصيله، ومع الانتفاع، وإن قل ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعا، فيكون وجود ذلك كالعدم.

[فصل في جعل مسجد سقاية وحوانيت]

(٤٤١٤) فصل: قال أحمد، في رواية أبي داود، في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض، ويجعل تحته سقاية وحوانيت، فامتنع بعضهم من ذلك: فينظر إلى قول أكثرهم. واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد، فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله إنشاءه ابتداء، واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجدا قبل بنائه تجوزا؛ لأن مآله إليه، أما بعد كونه مسجدا لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت

وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ، وهو أنه كان مسجدا، فأراد أهله رفعه، وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك. والأول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر؛ فإن المسجد لا يجوز نقله، وإبداله، وبيع ساحته، وجعلها سقاية وحوانيت، إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد، فلا يجوز صرفه في ذلك، ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة، لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجدا في موضع آخر

قال أحمد، في رواية بكر بن محمد، عن أبيه، في مسجد ليس بحصين من الكلاب، وله منارة، فرخص في نقضها، وبناء حائط المسجد بها

للمصلحة.

[فصل لا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة]

(٤٤١٥) فصل: ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة. نص عليه أحمد، وقال: إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجدا، فهذه غرست بغير حق، فلا أحب الأكل منها، ولو قلعها الإمام لجاز؛ وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا، وإنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القران، ولأن الشجرة تؤذي المسجد

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠

وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها، ويسقط ورقها في المسجد وثمرها، وتسقط عليها العصافير والطير فتبول في المسجد، وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها، ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها فأما إن كانت النخلة في أرض، فجعلها صاحبها مسجدا والنخلة فيها فلا بأس. قال أحمد في موضع: لا بأس. يعني أن يبيعها من الجيران. وقال في رواية أبي طالب، في النبقة: لا تباع، وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها. وذلك – والله أعلم –، لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجدا والنخلة فيها، فقد وقف الأرض والنخلة معها، ولم يعين مصرفها، فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف، وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات، أنه للمساكين. فأما إن قال صاحبها: هذه وقف على المسجد فينبغي أن يباع ثمرها، ويصرف إليه، كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره. قال أبو الخطاب: عندي أن المسجد إذا احتاج إلى". (١)

١٧٦. ١٧٦-"كبناء المساجد والقناطر، وكتب الفقه والعلم والقرآن، والمقابر، والسقايات وسبيل الله، ولا يصلح على غير معين، كرجل وامرأة؛ لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة، فلا يصح على غير معين، كالبيع والإجارة، ولا على معصية كبيت النار، والبيع والكنائس، وكتب التوراة والإنجيل؛ لأن ذلك معصية، فإن هذه المواضع بنيت للكفر.

وهذه الكتب مبدلة منسوخة، ولذلك غضب النبي – صلى الله عليه وسلم – حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة، وقال: «أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخي حيا ما وسعه إلا اتباعي» . ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه.

والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها، كالوقف عليها؛ لأنه يراد لتعظيمها. وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا

قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة، وماتوا ولهم أبناء نصارى، فأسلموا والضياع بيد النصارى: فلهم أخذها، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم. وهذا مذهب الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ وذلك لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه، لا يصح من الذمي، كالوقف على غير معين. فإن قيل: فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقودا فاسدة، وتقابضوا، ثم أسلموا وترافعوا إلينا، لم ننقض ما فعلوه، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا: الوقف ليس بعقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠/٦

معاوضة، وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القربة، فإذا لم يقع صحيحا، لم يزل الملك، فيبقى بحاله كالعتق

وقد روي عن أحمد – رحمه الله –، في نصراني أشهد في وصيته، أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين، ثم هو حر. ثم مات مولاه، وخدم سنة، ثم أسلم، ما عليه؟ قال: هو حر. ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين. وروي عنه، قال: هو حر ساعة مات مولاه؛ لأن هذه معصية. وهذه الرواية **أصح** وأوفق لأصوله

ويحتمل أن قوله: يرجع عليه بخدمته أربع سنين. لم يكن لصحة الوصية، بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته، فإذا تعذر العوض بإسلامه، كان عليه ما يقوم مقامه، كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم؛ فإنه يجب عليه المهر، كذا هاهنا يجب عليه العوض. والأول أولى.

[فصل الوقف على من لا يملك]

(٤٤٣٤) فصل: ولا يصح الوقف على من لا يملك، كالعبد القن، وأم الولد، والمدبر، والميت، والحمل، والملك والجن والشياطين. قال أحمد في من وقف على مماليكه: لا يصح الوقف حتى يعتقهم. وذلك لأن الوقف تمليك، فلا يصح على من لا يملك. فإن قيل: قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها، وهي لا تملك

قلنا: الوقف هناك على المسلمين، إلا أنه عين في نفع خاص لهم. فإن قيل: فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس، ويكون الوقف على أهل الذمة. قلنا: الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا،". (١)

١٧٧. ١٧٧-"على مال ولد ابنه، وشفقته قاصرة عن شفقة الأب، ويحجب به في الميراث، وفي ولاية النكاح.

وغيرهما من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبيه؛ لأنه إذا امتنع الأخذ في حق الأم والجد، مع مشاركتهما للأب في بعض المعاني، فغيرهما ممن لا يشارك الأب في ذلك أولى.

[مسألة لا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٨

(٤٤٨١) مسألة قال: (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها) يعني وإن لم يعوض عنها. وأراد من عدا الأب؛ لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع، بقوله: " أمر برده ". فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته. وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال النخعي، والثوري، وإسحاق، وأصحابالرأي: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع، ما لم يثب عليها، ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع. وروي ذلك عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – واحتجوا بما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «الرجل أحق بهبته، ما لم يثب منها» . رواه ابن ماجه، في " سننه "

وبقول عمر، ولأنه لم يحصل له عنها عوض، فجاز له الرجوع فيها، كالعارية. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه. وفي لفظ: كالكلب يعود في قيئه. وفي رواية إنه ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» . متفق عليه، وأيضا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده» . وقد ذكرناه

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن نبي الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يرجع واهب في هبته، إلا الوالد فيما يعطي ولده» . ولأنه واهب لا ولاية له في المال، فلم يرجع في هبته، كذي الرحم المحرم. وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى. وقول عمر، قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه. وأما العارية فإنما هي هبة المنافع، ولم يحصل القبض فيها

فإن قبضها باستيفائها، فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية، فإنه لا يجوز الرجوع فيها.

(٤٤٨٢) فصل: فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رحمه المحرم غير ولده، لا رجوع فيه. وكذلك ما وهب الزوج لامرأته. والخلاف فيما عدا هؤلاء، فعندنا لا يرجع إلا الوالد، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي. فأما هبة المرأة لزوجها، فعن أحمد فيه روايتان إحداهما لا رجوع لها فيها. وهذا قول عمر بن عبد العزيز، والنخعي، وربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وأبي ثور، وأصحابالرأي

وهو قول عطاء، وقتادة.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٥

١٧٨. ١٧٨-"وإن خرجت مستحقة، أخذها صاحبها، ولم يرجع الموهوب له ببدلها. فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما، صح. نص عليه أحمد؛ لأنه تمليك بعوض معلوم، فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع، في ضمان الدرك، وثبوت الخيار والشفعة

وبهذا قال أصحاب الرأي. ولأصحابالشافعي قول، أنه لا يصح؛ لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها. ولنا أنه تمليك بعوض، فصح ما لو قال: ملكتك هذا بدرهم. فإنه لو أطلق التمليك كان هبة، وإذا ذكر العوض صار بيعا. وقال أبو الخطاب: وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

فأما إن شرط ثوابا مجهولا، لم يصح، وفسدت الهبة، وحكمها حكم البيع الفاسد، يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنه نماء ملك الواهب. وإن كانت تالفة، رد قيمتها. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وظاهر كلام أحمد، - رحمه الله -، أنها تصح، فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه، لزم العقد بذلك، فإنه قال في رواية محمد بن الحكم: إذا قال الواهب: هذا لك على أن تثيبني. فله أن يرجع إذا لم يثبه، لأنه شرط

وقال في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا وهب له على وجه الإثابة، فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع. ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها. والأول أصح؛ لأن هذا بيع، فيعتبر فيه التراضي، إلا أنه بيع بالمعاطاة، فإذا عوضه عوضا رضيه، حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها، وإن لم يحصل التراضي، لم تصح؛ لعدم العقد، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي

والأصل في هذا قول عمر - رضي الله عنه -: من وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. وروي معنى ذلك عن علي، وفضالة بن عبيد، ومالك بن أنس. وهو قول الشافعي، على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا. وقد روى أبو هريرة، «أن أعرابيا وهب للنبي - صلى الله عليه وسلم - ناقة، فأعطاه ثلاثا فأبى، فزاده ثلاثا، فأبى، فزاده ثلاثا، فلما كملت تسعا، قال: رضيت: فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي» . من " المسند "

قال أحمد: إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان، ولم يثبه منها، فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه، إلا أن يكون ثوبا لبسه، أو غلاما استعمله، أو جارية استخدمها، فأما غير

ذلك إذا نقص فلا شيء عليه، فكان عندي مثل الرهن، الزيادة والنقصان لصاحبه.

[مسألة قال داري لك عمري أو هي لك عمرك]

(٤٤٨٥) مسألة قال: (وإذا قال: داري لك عمري. أو هي لك عمرك. فهي له ولورثته من بعده)". (١)

١٧٩. ١٧٩-"قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من التقط درهما، أو حبلا، أو شبه ذلك، فليعرفه ثلاثة أيام، فإن كان فوق ذلك، فليعرفه سبعة أيام.»

ولنا: حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمره بعام واحد، ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل، ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد، من الحر والبرد والاعتدال، فصلحت قدرا كمدة أجل العين. وأما حديث أبي، فقد قال الراوي: لا أدري ثلاثة أعوام أو عاما واحدا قال أبو داود: شك الراوي في ذلك. وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه، وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى. إذا ثبت هذا، فإنه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط، وتكون متوالية في نفسها لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بتعريفها حين سئل عنها، والأمر يقتضي الفور، ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها، وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا؛ لأن صاحبها في الغالب إنما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها، فيجب تخصيص التعريف به.

[الفصل الثالث زمان تعريف اللقطة]

الفصل الثالث: في زمانه وهو النهار دون الليل؛ لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل، ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها، والأسبوع أكثر؛ لأن الطلب فيه أكثر، ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا. وقد روى الجوزجاني بإسناده، عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني، قال: نزلنا مناخ ركب، فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار، فجئت بها إلى عمر، فقال: عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد، ثم أمسكها حتى قرن السنة، ولا يفد من ركب إلا نشدتها، وقلت: الذهب بطريق الشام ثم شأنك بها.

[الفصل الرابع مكان تعريف اللقطة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٧

(٤٤٩٧) الفصل الرابع: في مكانه، وهو الأسواق، وأبواب المساجد والجوامع، في الوقت الذي يجتمعون فيه، كأدبار الصلوات في المساجد، وكذلك في مجامع الناس؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها، وإظهارها، ليظهر عليها صاحبها، فيجب تحري مجامع الناس، ولا ينشدها في المسجد؛ لأن المسجد لم يبن لهذا. وقد روى أبو هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد، فليقل: لا ردها الله إليك، فإن المساجد لم تبن لهذا» . وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد.

[الفصل الخامس فيمن يتولاه تعريف اللقطة]

(٤٤٩٨) الفصل الخامس: فيمن يتولاه، وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه، وله أن يستنيب فيه، فإن وجد متبرعا بذلك، وإلا إن احتاج إلى". (١)

١٨٠. ١٨٠-"بذلك؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البينة على المدعي»

ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها، فادفعها إليه» . قال ابن المنذر: هذا الثابت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وبه أقول. ورواه ابن القصار: " فإن جاء باغيها، ووصف عفاصها وعددها، فادفعها إليه ". وفي حديث زيد الذي ذكرناه «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف، فاستنفقها، وإن جاء طالبها يوما من الدهر، فأدها إليه» . يعني إذا ذكر صفاتها؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث، ولو كانت شرطا للدفع، لم يجز الإخلال به، ولا أمر بالدفع بدونه، ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر؛ لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو، فتوقيف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبدا، وهذا يفوت مقصود الالتقاط، ويفضي إلى تضييع أموال الناس، وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه، كالإنفاق على اليتيم. والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جدا؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا، وإتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد، والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما، فكيف يكون فاضلا. وعلى هذا نقول: لو لم يجب دفعها بالصفة، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧٥

يجز التقاطها؛ لما ذكرناه، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «البينة على المدعي» . يعني إذا كان ثم منكر؛ لقوله في سياقه: «واليمين على من أنكر» . ولا منكر هاهنا، على أن البينة تختلف، وقد جعل النبي – صلى الله عليه وسلم – بينة مدعي اللقطة وصفها، فإذا وصفها فقد أقام بينته. وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح؛ فإن النزاع ثم في كونه مغصوبا، والأصل عدمه، وقول المنكر يعارض دعواه، فاحتيج إلى البينة، وها هنا قد ثبت كون هذا المال لقطة، وأن له صاحبا غير من هو في يده، ولا مدعي له إلا الواصف، وقد ترجح صدقه، فينبغي أن يدفع إليه.

(٤٥١٣) فصل: فإن وصفها اثنان، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف أنها له، وسلمت إليه. وهكذا إن أقاما بينتين، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف، ودفعت إليه. ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: تقسم بينهما؛ لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع، فتساويا فيها، كما لو كانت في أيديهما. والذي قلناه أصح وأشبه بأصولنا، فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما، ولأنهما تداعيا عينا في يد غيرهما، وتساويا في البينة، أو في عدمها، فتكون لمن وقعت له القرعة، كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان، فقال: هي لأحدكما، لا أعرفه عينا. وفارق ما إذا كانت في أيديهما؛ لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه. وإن". (١)

١٨١. ١٨١–"إحداهما يلزمه دينار، أو اثنا عشر درهما، للخبر المروي فيه، ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي – رضي الله عنهما –. والثانية، له أربعون درهما إن رده من خارج المصر اختارها الخلال، وهو قول ابن مسعود، وشريح. فروى أبو عمرو الشيباني قال: قلت لعبد الله بن مسعود: إني أصبت عبيدا إباقا. فقال: لك أجر وغنيمة. فقلت: هذا الأجر، فما الغنيمة؟ قال: من كل رأس أربعين درهما. وقال أبو إسحاق: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما. وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول. قال الخلال: حديث ابن مسعود أصح إسنادا.
وروي عن عمر بن عبد العزيز، أنه قال: إذا وجده على مسيرة ثلاث، فله ثلاثة دنانير. وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام، فله أربعون درهما، وإن كان من دون ذلك، يرضخ له على قدر المكان الذي تعني إليه

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨٥

ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: إن كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما، لئلا يفوت عليه العبد جميعه. ولنا عموم الدليل، ولأنه جعل يستحق في رد الآبق، فاستحقه وإن زاد على قيمته، كما لو جعله له صاحبه، ويستحقه إن مات سيده في تركته. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان الذي رده من ورثة المولى، سقط الجعل

ولنا أن هذا عوض عن عمله، فلا يسقط بالموت، كالأجر في الإجارة، وكما لو كان من غير ورثة المولى. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الإباق أو لم يكن. وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن كان معروفا بذلك، استحق الجعل، وإلا فلا. ولنا الخبر، والأثر المذكور من غير تفريق، ولأنه رد آبقا، فاستحق الجعل، كالمعروف بردهم.

[فصل أخذ الآبق لمن وجده]

(٤٥٣٣) فصل: ويجوز أخذ الآبق لمن وجده. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحابالرأي. ولا نعلم فيه خلافا؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب، وارتداده، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد، بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها. فإذا أخذه فهو أمانة في يده، إن تلف بغير تفريطه، فلا ضمان عليه، وإن وجد صاحبه، دفعه إليه إذا أقام به البينة، أو اعترف العبد أنه سيده. وإن لم يجد سيده، دفعه إلى الإمام أو نائبه،". (١)

١٨٢. ١٨٢-"كان الجاني حرا

ويحتمل أن يكون القول قول القاذف؛ لأنه يحتمل صحة ما قاله، بأن يكون ابن أمة، فيكون ذلك شبهة، والحد يندرئ بالشبهات. وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد؛ لأن القصاص ليس بحد، وإنما: وجب حقا لآدمي، ولذلك جازت المصالحة عنه، وأخذ بدله، بخلاف حد القذف. ويتخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفا، فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد، قبل منه؛ لذلك والأول أصح؛ لأن كل من كان محكوما بحريته، لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه، بدليل مجهول النسب، ولو سقط الحد لهذا الاحتمال، لسقط وإن لم يدع القاذف رقه؛ لأنه موجود وإن لم يدعه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٨/٦

[مسألة ينفق علي اللقيط من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه]

(٤٥٦١) مسألة قال: (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه) . وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء، لم يلزم الملتقط بالإنفاق عليه، في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط، كوجوب نفقة الولد

وذلك لأن أسباب وجوب النفقة، من القرابة، والزوجية، والملك، والولاء، منتفية، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك، وتبرع بحفظه، فلا يوجب ذلك النفقة، كما لو فعله بغير اللقيط. وتجب نفقته في بيت المال؛ لقول عمر - رضي الله عنه - في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته. وفي رواية: من بيت المال؛ ولأن بيت المال وارثه، وماله مصروف إليه، فتكون نفقته عليه، كقرابته ومولاه

فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال، لكونه لا مال فيه، أو كان في مكان لا إمام فيه، أو لم يعط شيئا، فعلى من علم من المسلمين الإنفاق عليه؛ لقول الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] . ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب، كإنقاذه من الغرق. وهذا فرض كفاية، إذا قام به قوم سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أثموا. ومن أنفق عليه متبرعا، فلا شيء له، سواء كان الملتقط أو غيره. وإن لم يتبرع بالإنفاق عليه

فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر، وكان ذلك بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي. وإن أنفق بغير أمر الحاكم، محتسبا بالرجوع عليه، فقال أحمد: تؤدى النفقة من بيت المال. وقال شريح، والنخعي: يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه. وقال عمر بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتسابا، فإن حلف استسعي وقال الشعبي، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وابن المنذر: هو متبرع به.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٥/٦

١٨٣.   ١٨٣-"ولنا أنه أدى ما وجب على غيره، فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه، كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه. وقد ذكرنا حكم هذا الأصل في موضعه.

[فصل وجد مع اللقيط شيء]

(٤٥٦٢) فصل: فأما إن وجد مع اللقيط شيء، فهو له، وينفق عليه منه. وبهذا قال الشافعي، وأصحابالرأي؛ وذلك لأن الطفل يملك، وله يد صحيحة، بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة، كالبالغ. إذا ثبت هذا، فكل ما كان متصلا به، أو متعلقا بمنفعته، فهو تحت يده، ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لابسا له، أو مشدودا في ملبوسه، أو في يديه، أو مجعولا فيه، كالسرير والسفط، وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحته والتي عليه

وإن كان مشدودا على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه، أو كان في خيمة، أو في دار، فهي له. وأما المنفصل عنه، فإن كان بعيدا منه، فليس في يده، وإن كان قريبا منه، كثوب موضوع إلى جانبه، ففيه وجهان أحدهما، ليس هو له؛ لأنه منفصل عنه، فهو كالبعيد. والثاني، هو له. وهو **أصح**؛ لأن الظاهر أنه ترك له، فهو له، بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه، ويحكم بأنه في يده، والحمال إذا جلس للاستراحة، ترك حمله قريبا منه

فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طريا، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طريا، كان مدفونا قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا، فلم يكن له إذا كان الحفر طريا، كالبعيد منه، ولأن الظاهر أنه لو كان له، لشده واضعه في ثيابه، ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وما هو له أنفق عليه منه، فإن كان فيه كفايته، لم تجب نفقته على أحد؛ لأنه ذو مال، فأشبه غيره من الناس

إذا ثبت هذا، فإن لملتقطه الإنفاق عليه منه بغير إذن الحاكم. ذكره أبو عبد الله بن حامد؛ لأنه ولي له، فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم، كوصي اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف، فاستوى فيه الإمام وغيره، كتبديد الخمر. وروى أبو الحارث، عن أحمد، في رجل أودع رجلا مالا، وغاب، وطالت غيبته، وله ولد ولا نفقة له، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب؟ فقال:

تقوم امرأته إلى الحاكم، حتى يأمره بالإنفاق". (١)

١٨٤. ١٨٤-"النفقة على الرقبة، فكانت على صاحبها، كالعبد المستأجر، وكما لو لم يكن له منفعة. قال الشريف: ولأن الفطرة تلزمه، والفطرة تتبع النفقة، ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه. ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة. وهو قول أصحاب الرأي، والإصطخري، وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأنه يملك نفعه على التأبيد، فكانت النفقة عليه، كالزوج، ولأن نفعه له، فكان عليه ضره، كالمالك لهما جميعا، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد، فيصير معنى الوصية: أوصيت لك بنفع عبدي، وأبقيت على ورثتي ضره. وإن وصى بنفعه لإنسان، ولآخر برقبته، كان معناه: أوصيت لهذا بنفعه، ولهذا بضره. والشرع ينفي هذا بقوله: «لا ضرر ولا ضرار» . ولذلك جعل الخراج بالضمان، ليكون ضره على من له نفعه. وفارق المستأجر، فإن نفعه في الحقيقة للمؤجر؛ لأنه يأخذ الأجر عوضا عن منافعه. وقيل: تجب نفقته في كسبه. وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة؛ لأن كسبه من منافعه، فإذا صرف في نفقته، فقد صرفت المنفعة الموصى بها إلى النفقة، فصار كما لو صرف إليه شيء من ماله سواه.

(٤٦٧١) فصل: وإذا أعتق الورثة العبد، عتق، ومنفعته باقية للموصى له بها، ولا يرجع على المعتق بشيء. وإن أعتقه صاحب المنفعة، لم يعتق؛ لأن العتق للرقبة، وهو لا يملكها. وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد، وأسقطها عنه، فللورثة الانتفاع به؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده. وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد، فله ذلك، ويباع مسلوب المنفعة، ويقوم المشتري مقام البائع، فيما له وعليه. وقيل: لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره؛ لأن ما لا منفعة فيه، لا يصح بيعه، كالحشرات والميتات. وقيل: يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره؛ لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة، فينتفع بذلك، بخلاف غيره، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض. ولنا، أنه عبد مملوك، تصح الوصية به، فصح بيعه كغيره، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه، وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه، بخلاف الحشرات. وإن وصى لرجل برقبة عبد، ولآخر بنفعه، صح، وقام الموصية له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا. وبهذا قال الشافعي، وأبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١١٦

ثور، وأصحابالرأي.

[فصل أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج أو زنى]

(٤٦٧٢) فصل: وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته، فأتت بولد من زوج أو زنا، فهو مملوك، حكمه حكم أمه؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها، كولد المكاتبة والمدبرة. ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة؛ لأن ذلك ليس من النفع الموصى به. ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها. وإن وطئت بشبهة، وجب المهر على الواطئ لصاحب". (١)

١٨٥. ١٨٥-"قوله، لكونه لم يجعل الوقف وصية وإجازة للوارث، فهذا أولى؛ لأن العبد لا يملك رقبته، فيجعل ذلك وصية له، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له؛ لأنه لم يصل إليه، ولا وصية للبائع؛ لأنه قد عاوض عنه، وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة، في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به، فلا يمنعه ذلك الميراث. واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله، فقال بعضهم: إذا حمله الثلث عتق وورث؛ لأن عتقه ليس بوصية له، على ما ذكرنا

وقيل: يعتق ولا يرث؛ لأنه لو ورث لصارت وصية لوارث، فتبطل وصيته، ويبطل عتقه وإرثه، فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه، فكان إبطال توريثه أولى. وقيل على مذهبه: شراؤه باطل؛ لأن ثمنه وصية، والوصية تقف على خروجها من الثلث، أو إجازة الورثة، والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا. ومن مسائل ذلك: مريض وهب له ابنه، فقبله، وقيمته مائة، وخلف مائتي درهم وابنا آخر، فإنه يعتق، وله مائة ولأخيه مائة

وهذا قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وقيل، على قول الشافعي: لا يرث، والمائتان كلها للابن الحر. وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف نفسه، ونصف المائتين، ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه. إن كان قيمته مائتين، وبقية التركة مائة، عتق من رأس المال، والمائة بينه وبين أخيه. وبهذا قال مالك، والشافعي

وقال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه، لأنه قدر ثلث التركة، ويسعى في قيمة باقيه، ولا يرث؛ لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع: الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه. والمرأة تعتق

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٤/٦

عبدها على أن يتزوجها، فيأبيان ذلك. والعبد الموهوب يعتقه سيده. والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران. ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته، وهو حر يرث

وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف التركة، وذلك ثلاثة أرباع رقبته، ويسعى في ربع قيمته لأخيه. وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات، لا مال له سواهن، ولا وارث، عتقن من رأس المال. وهذا قول مالك. وإن كان اشتراهن فكذلك، فيما ذكره الخبري عن أحمد. وهو قول ابن الماجشون، وأهل البصرة، وبعض أصحاب مالك، وعلى قول القاضي، يعتق ثلثهن، في أحد الوجهين

وهو قول مالك، وفي الآخر يعتقن كلهن؛ لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله، في أصح الروايتين. وإن ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن.

وقال أبو حنيفة: إذا اشتراهن أو وهبن له، ولا مال له سواهن، ولا وارث، عتقن، وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت للأم في نصف قيمتها للأخت من الأب والأم، وإنما لم يرثا؛ لأنهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب، وذلك رقبة وخمس، بينهما نصفين، فكان يبقى عليهما سعاية، إذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا، وكانت لهما الوصية، وهي رقبة بينهما نصفين

وأما الأخت". (١)

١٨٦. ١٨٦-"الرجل لا يدخلون في اسم القرابة، ولا أهل بيته. وليس هذا بشيء، فإن ولد النبي - صلى الله عليه وسلم - من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة، وأعطوا من سهم ذي القربى، وهم من أقرب أقاربه، فكيف لا يكونون من أقاربه، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لفاطمة وولديها وزوجها: «اللهم هؤلاء أهل بيتي، فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا؟» ولو وقف على أقارب رجل، أو أوصى لأقاربه، دخل فيه ولده، بغير خلاف علمته. والخرقي قد عدهم في القرابة بقوله: " لا يجاوز بها أربعة آباء؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى ". فجعل هاشما الأب الرابع، ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا؛ لأن هاشما إنما هو رابع النبي - صلى الله عليه وسلم -.

[فصل وصى لآله]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٩٧

(٤٧٥١) فصل: وإن وصى لآله، فهو مثل قرابته، فإن في بعض ألفاظ زيد بن أرقم: من آل رسول الله – صلى الله عليه وسلم –؟ قال: أصله، وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده؛ آل علي وآل العباس، وآل جعفر، وآل عقيل.، والأصل في آل أهل، فقلبت الهاء همزة، كما قالوا: هرقت الماء وأرقته. ومدت لئلا تجتمع همزتان. وإن وصى لعترته، فقد توقف أحمد في ذلك، وهو في عرف الناس عشيرته الأدنون، وولده الذكور والإناث وإن سفلوا فتصرف الوصية إليهم، وبذلك فسره ابن قتيبة، قال: ويدل على ذلك قول أبي بكر – رضي الله عنه –: نحن عترة النبي – صلى الله عليه وسلم – وبيضته التي تفقأت عنه. وقال ثعلب، وابن الأعرابي: العترة الأولاد، وأولاد الأولاد. . ولم يدخلا في ذلك العشيرة، والأول أصح وأشهر في عرف الناس، مع أنه قد دل على صحته قول أبي بكر – رضي الله عنه – في محفل من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – فلم ينكره أحد، وهم أهل اللسان، فلا يعول على ما خالفه. وإن وصى لقومه، أو لنسبائه، فقال أبو بكر: هذا بمثابة أهل بيته. وقال القاضي: إذا قال: لرحمي، أو لأرحامي، أو لأنسابي، أو لمناسبي. صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه، ويتعدى ولد الأب الخامس. فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الأحوال. وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي؛ لأن ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان إليها، وإذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه، فليس بمناسب له.

[فصل وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه]

(٤٧٥٢) فصل: وإن وصى لمواليه، وله موال من فوق، وهم معتقوه، فالوصية لهم؛ لأن الاسم يتناولهم، وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم. وإن لم يكن له إلا موال من أسفل فهي لهم كذلك. وإن اجتمعوا، فالوصية لهم". (١)

١٨٧. ١٨٧–"مسائل ذلك: أم أب وأب، لها السدس والباقي له. وعلى القول الآخر، الكل له دونها.

أم أم وأم أب وأب، السدس بينهما على القول الأول. وعلى الثاني السدس لأم الأم، والباقي للأب. وقيل: لأم الأم نصف السدس، والباقي للأب؛ لأن الأب لو عدم لم يكن لأم الأم إلا نصف السدس،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٢

فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه. والأول أصح؛ لأن الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن نصف ميراثها، ولا يأخذون ما حجبوها عنه، بل يتوفر ذلك على الأب، كذا هاهنا.

ثلاث جدات متحاذيات وأب، السدس بينهن على القول الأول، ولأم الأم على القول الثاني، وعلى الثالث لأم الأم ثلث السدس، والباقي للأب. وإن كان مع المتحاذيات جدات، لم يحجب إلا أمه.

أب وأم أب وأم أم أم، على قول الخرقي السدس لأم الأب. ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الأب. ثم اختلف القائلون بذلك، فقيل: السدس كله لأم أم الأم؛ لأن التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها، فصارت كالمعدومة.

وقيل: بل لها نصف السدس على قول زيد لأنه يورث البعدى من جهة الأم مع القربى من جهة الأب، فكان لها نصف السدس. وقيل: لا شيء لها؛ لأنها انحجبت بأم الأب، ثم انحجبت أم الأب بالأب، فصار المال كله للأب.

[مسألة الجدات المتحاذيات]

(٤٨٦٤) مسألة قال: (والجدات المتحاذيات أن تكن أم أم أم، وأم أم أب وأم أبي أب، وإن كثرن فعلى ذلك) يعني بالمتحاذيات المتساويات في الدرجة، بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها؛ لأن الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة، ومتى كان بعضهن أقرب من بعض، فالميراث لأقربهن، فإذا قيل: ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل. فهما أم أمه وأم أبيه.

وإن قيل: ترك ثلاثا. فهن كما قال الخرقي أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، واحدة من قبل الأم، واثنتان من قبل الأب، وهما أم أمه وأم أبيه، كما جاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الأم غير وارثة، وهي أم أبي الأم، ولا يرث أبدا من قبل الأم إلا واحدة، وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن. فاحفظ ذلك. فإن قيل: ترك أربعا. فهن أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب.

وفي درجتهن أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن فيما تقدم، إلا أن مذهب أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات، وهن الثلاث الأول. ويحتمل قول الخرقي توريثهن وإن كثرن، فعلى هذا القول كلما زاد درجة

زادت جدة، ويرث في الدرجة الخامسة خمس، وفي السادسة ست،". (١)

١٨٨. ١٨٨-"[مسألة كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة]

(٤٨٩٠) مسألة؛ قال: (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة، أو مولى نعمة، فهو أحق بالمال من ذوي الأرحام) في هذه المسألة فصول ثلاثة: (٤٨٩١) أحدها: أن الرد يقدم على ميراث ذوي الأرحام، فمتى خلف الميت عصبة، أو ذا فرض من أقاربه، أخذ المال كله، ولا شيء لذوي الأرحام. وهذا قول عامة من ورث ذوي الأرحام. وقال الخبري: لم يختلفوا أن الرد أولى منهم، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، أنهما ورثا الخال مع البنت.

فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة، أو مولى؛ لئلا يخالف الإجماع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الخال وارث من لا وارث له» . ومن مسائل هذا الفصل أبو أم وجدة؛ المال للجدة بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ، وابن أخت عم وعمة، ثلاثة بني إخوة مفترقين؛ لا شيء لذي الرحم في جميع ذلك

(٤٨٩٢) الفصل الثاني: أن المولى المعتق وعصباته أحق من ذوي الأرحام. وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم، وقول من لا يرى توريثهم أيضا. وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى، وبه قال ابنه أبو عبيدة، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وعلقمة، والأسود، وعبيدة، ومسروق، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، والقاسم بن عبد الرحمن، وعمر بن عبد العزيز، وميمون بن مهران

والأول أصح؛ لقوله - عليه السلام -: «الخال وارث من لا وارث له. والمولى وارث» . ولأن المولى يعقل، وينصر، فأشبه العصبة من النسب. (٤٨٩٣) الفصل الثالث: في توريثهم مع الزوج والزوجة. لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه، من غير حجب له، ولا معاولة، واختلف في كيفية توريثهم معه، فروي عن إمامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا

وهذا قول أبي عبيد، ومحمد بن الحسن، واللؤلؤي، وعامة من ورثهم. وقال يحيى بن آدم، وضرار: يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين، على الحجب والعول، ثم نفرض للزوج فرضه كاملا، من غير حجب ولا عول، يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم. فإنما يقع الخلاف

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٤

في مسألة فيها من يدلي بذي فرض، ومن يدلي". (١)

١٨٩. ١٨٩-"ستة وثلاثين، وهي السدس. وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم، فهي من ستة؛ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وللخنثى السدس، وللعم ما بقي على القولين جميعا.

[فصل مات وخلف خنثيين فصاعدا]

(٤٩١٣) فصل: وإن خلف خنثيين فصاعدا، نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين، فتجعل للاثنين أربعة أحوال، وللثلاثة ثمانية، وللأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنين وثلاثين حالا، ثم تجمع مالهم في الأحوال كلها، فتقسمه على عدد أحوالهم، فما خرج بالقسم فهو لهم، إن كانوا من جهة واحدة، وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال، وقسمته على عدد الأحوال كلها، فالخارج بالقسم هو نصيبه، وهذا قول ابن أبي ليلى، وضرار، ويحيى بن آدم. وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي

والوجه الآخر، أنهم ينزلون حالين؛ مرة ذكورا، ومرة إناثا، كما تصنع في الواحد. وهذا قول أبي يوسف. والأول أصح؛ لأنه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال، فيعدل بينهم. وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض، وهذا تحكم لا دليل عليه. وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم، إن كانا ذكرين فالمال للولد.

وإن كانا أنثيين فللولد النصف، والباقي للعم، فهي من أربعة عند من نزلهم حالين؛ للولد ثلاثة أرباع المال، وللعم ربعه. ومن نزلهم أحوالا، زاد حالين آخرين، وهو أن يكون الولد وحده ذكرا، وأن يكون ولد الأخ وحده ذكرا، فتكون المسألة من ثمانية؛ للولد المال في حالين، والنصف في حالين، فله ربع ذلك، وهو ثلاثة أرباع المال، ولولد الأخ نصف المال في حال، فله ربعه، وهو الثمن، وللعم مثل ذلك، وهذا أعدل

ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين، قال: للأخ النصف يقينا، والنصف الآخر يتداعونه، فيكون بينهم أثلاثا، وتصح من ستة. وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر، ولا يرث المحجوب شيئا إذا كان أنثى. ولو خلف بنتا وولدا خنثى وولد ابن خنثى وعصبة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٢٣

فمن نزلهما حالين جعلهما من ستة؛ للولد الخنثى ثلاثة، وللبنت سهمان، والباقي للعم. ومن نزلهما أربعة أحوال، جعلها من اثني عشر.

وجعل لولد الابن نصف السدس، وللعم سدسه، وهذا أعدل الطريقين؛ لما في الطريق الآخر من إسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم. وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها. ويكفي هذا القدر من هذا الباب، فإنه نادر قل ما يحتاج إليه، واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر، ولم يسمع بوجوده، فلا حاجة إلى التطويل فيه.

[فصل ميراث شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج]

(٤٩١٤) فصل: وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا، لم يذكره الفرضيون، ولم يسمعوا به، فإنا وجدنا شخصين". (١)

١٩٠. ١٩٠-"حدا أو ميراثا، ورث بحساب ما عتق منه، وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه» .

وفي رواية «يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر، وقدر ما رق منه دية العبد.» قال يحيى بن أبي كثير: وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك. وقد روي حديث ابن عباس، عن عكرمة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا، والحديث الذي رويناه لقولنا أصح منه، ولا أعلم أحدا من الفقهاء قال بهذا، وما ذكرناه أولا أولى، والله أعلم.

[مسألة من بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية]

(٤٩٢٧) مسألة؛ قال: (ومن بعضه حر يرث، ويورث، ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية) وجملته أن المعتق بعضه إذا كسب مالا، ثم مات وخلفه، نظر فيه؛ فإن كان كسبه بجزئه الحر، مثل أن كان قد هيأ سيده على منفعته، فاكتسب في أيامه، أو ورث شيئا، فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه الحر، أو كان قد قاسم سيده في حياته، فتركته كلها لورثته، لا حق لمالك باقيه فيها. وقال قوم: جميع ما خلفه بينه وبين سيده

قال ابن اللبان: هذا غلط؛ لأن الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة، لم يبق له حق في الباقي، ولا

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٩

سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر، كما لو كان بين شريكين فاقتسما كسبه، لم يكن لأحدهما حق في حصة، الآخر، والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه. فأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة، ولا اقتسما كسبه، فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه، والباقي، لورثته. وإن مات من يرثه، فإنه يرث، ويورث، ويحجب على قدر ما فيه من الحرية

وهذا قول علي، وابن مسعود، - رضي الله عنهما -، وبه قال عثمان البتي، وحمزة الزيات، وابن المبارك، والمزني، وأهل الظاهر. وقال زيد بن ثابت: لا يرث، ولا يورث، وأحكامه أحكام العبد. وبه قال مالك، والشافعي، في القديم. وجعلا ماله لمالك باقيه. قال ابن اللبان: هذا غلط؛ لأنه ليس لمالك باقيه على ما عتق منه ملك، ولا ولاء، ولا هو ذو رحم. قال ابن سريج: يحتمل على قول الشافعي - رضي الله عنه - القديم، أن يجعل في بيت المال؛ لأنه لا حق له فيما كسبه بجزئه الحر

وقال الشافعي في الجديد: ما كسبه بجزئه الحر لورثته، ولا يرث هو ممن مات شيئا. وبه قال طاوس، وعمرو بن دينار، وأبو ثور. وقال ابن عباس: هو كالحر في جميع أحكامه، في توريثه، والإرث منه، وغيرهما. وبه قال الحسن، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، والحكم، وحماد، وابن أبي ليلى، والثوري، وأبو يوسف، ومحمد، واللؤلؤي، ويحيى بن آدم، وداود

وقال أبو حنيفة: إن كان الذي لم يعتق استسعى العبد، فله من تركته سعايته، وله نصف ولائه، وإن كان أغرم الشريك، فولاؤه كله للذي أعتق بعضه.". (١)

١٩١. ١٩١-"يرثها أهل دينها. فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه، فسنذكره في باب الولاء، إن شاء الله تعالى.

[فصل الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحدا]

(٤٩٤٧) فصل: فأما الكفار فيتوارثون، إذا كان دينهم واحدا، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر» دليل على أن بعضهم يرث بعضا. وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وهل ترك لنا عقيل من دار» . دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٨/٦

دون جعفر، وعلي لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل على دين أبيه، مقيما بمكة، فباع رباعه بمكة، فلذلك لما قيل للنبي – صلى الله عليه وسلم –: أين تنزل غدا؟ قال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع» . وقال عمر في عمة الأشعث بن قيس: يرثها أهل دينها. فإن اختلفت أديانهم، فاختلف عن أحمد، فروي عنه، أن الكفر كله ملة واحدة، يرث بعضهم بعضا. رواه عنه حرب، واختاره الخلال. وبه قال حماد، وابن شبرمة، وأبو حنيفة، والشافعي، وداود؛ لأن توريث الآباء من الأبناء، والأبناء من الآباء، مذكور في كتاب الله تعالى ذكرا عاما، فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم، ولأن قول الله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] عام في جميعهم. وروي عن أحمد، أن الكفر ملل مختلفة، لا يرث بعضهم بعضا. اختاره أبو بكر، وهو قول كثير من أهل العلم؛ لأن قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ينفي توارثهما، ويخص عموم الكتاب، ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر أقسام الملل. وقال القاضي أبو يعلى: الكفر ثلاث ملل: اليهودية، والنصرانية، ودين من عداهم؛ لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم. وهذا قول شريح، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، والضحاك، والحكم. والثوري، والليث، وشريك، ومغيرة الضبي، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، ووكيع. وروي ذلك عن مالك. وروي عن النخعي، والثوري، القولان معا. ويحتمل كلام أحمد – رضي الله عنه – أن يكون الكفر مللا كثيرة، فتكون المجوسية ملة، وعبادة الأوثان ملة أخرى، وعبادة الشمس ملة، فلا يرث بعضهم بعضا. روي ذلك عن علي. وبه قال الزهري، وربيعة وطائفة من أهل المدينة، وأهل البصرة، وإسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم، ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا، كالمسلمين والكفار، والعمومات في التوريث مخصوصة، فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس، ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام، مع اتفاقهم في الملة، لانقطاع الموالاة، فمع اختلاف الملة أولى. وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح، فإن هذا وصف عدمي، لا يقتضي حكما، ولا جمعا، ثم". (١)

١٩٢. ١٩٢–"عشر في تسعة، تكن مائة وسبعة عشر، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين، وما بقي فهو موقوف

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٨/٦

زوج وأم حامل من الأب المسألة من ثمانية، للزوج ثلاثة، وللأم سهم، ويوقف أربعة. وقال أبو يوسف: هي من ثمانية، يدفع إلى الزوج ثلاثة، وإلى الأم سهمان، وتقف ثلاثة، وتأخذ منها ضمينا، هكذا حكى الخبري عنه. فإن كان في المسألة من يسقط بولد الأبوين، كعصبة، أو أحد من ولد الأب، لم يعط شيئا. ولو كان في هذه المسألة جد، فللزوج الثلث، وللأم السدس، وللجد السدس والباقي موقوف

وقال أبو حنيفة: للزوج النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، ويوقف السدس بين الجد والأم، ولا شيء للحمل؛ لأن الجد يسقطه وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين، ويقف أربعة أسهم. وحكي عن شريك، أنه كان يقول بقول علي في الجد فيقف هاهنا نصيب الإناث، فيكون عنده من تسعة، وتقف منها أربعة. ولو لم يكن فيها زوج، كان للأم السدس وللجد ثلث الباقي، وتقف عشرة من ثمانية عشر. وعند أبي حنيفة للجد الثلثان، وللأم السدس، ويوقف السدس بينهما

قول أبي يوسف، يقف الثلث، ويعطي كل واحد منهما ثلثا، ويؤخذ منهما ضمين. ومتى خلف ورثة، وأما تحت الزوج، فينبغي للزوج الإمساك عن وطئها، ليعلم أحامل هي أم لا؟ كذا روي عن علي وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والنخعي، وقتادة، في آخرين. وإن وطئها قبل استبرائها، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر، ورث، لأننا نعلم أنها كانت حاملا به، وإن ولدته لأكثر من ذلك، لم ترث، إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا به يوم موت ولدها.

[فصل لا يرث الحمل إلا بشرطين]

فصل: ولا يرث الحمل إلا بشرطين؛ أحدهما، أن يعلم أنه كان موجودا حال الموت، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا، فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث، إلا أن يقر الورثة أنه كان موجودا حال الموت، وإن كانت لا توطأ، إما لعدم الزوج، أو السيد، وإما لغيبتهما، أو اجتنابهما الوطء، عجزا أو قصدا أو غيره، ورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل وذلك أربع سنين في أصح الروايتين، وفي الأخرى سنتان

والثاني، أن تضعه حيا، فإن وضعته ميتا لم يرث، في قولهم جميعا، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة، واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث، وورث. وقد روى أبو داود بإسناده، عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «إذا استهل المولود ورث» . وروى ابن ماجه بإسناده،

عن". (١)

١٩٣. ١٩٣-"[فصل ميراث المفقود]

(٤٩٧٣) فصل: في ميراث المفقود، وهو نوعان؛ أحدهما، الغالب من حاله الهلاك، وهو من يفقد في مهلكة، كالذي يفقد بين الصفين، وقد هلك جماعة، أو في مركب انكسر، فغرق بعض أهله، أو في مفازة يهلك فيها الناس، أو يفقد من بين أهله، أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة، فلا يرجع، ولا يعلم خبره، فهذا ينتظر به أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر، قسم ماله، واعتدت امرأته عدة الوفاة، وحلت للأزواج، نص عليه الإمام أحمد. وهذا اختيار أبي بكر

وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله، حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين؛ لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه. والأول أصح؛ لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله. وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته، وقف للمفقود نصيبه من ميراثه، وما يشك في مستحقه، وقسم باقيه؛ فإن بان حيا، أخذه، ورد الفضل إلى أهله، وإن علم أنه مات بعد موت موروثه، دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته.

وإن علم أنه كان ميتا حين موت موروثه، رد الموقوف إلى ورثة الأول، وإن مضت المدة، ولم يعلم خبره، رد أيضا إلى ورثة الأول؛ لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه، فلا نورثه مع الشك، كالجنين الذي يسقط ميتا، وكذلك إن علمنا أنه مات، ولم يدر متى مات. ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا، إلا أن مالكا، والشافعي - رضي الله عنهما -، في القديم، وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة

والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها، على ما سنذكره في الصورة الأخرى، إن شاء الله تعالى؛ لأنه مفقود لا يتحقق موته، فأشبه التاجر والسائح. ولنا، اتفاق الصحابة - رضي الله عنهم - على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع، ففي المال أولى ولأن الظاهر هلاكه، فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها

النوع الثاني، من ليس الغالب هلاكه، كالمسافر لتجارة، أو طلب علم، أو سياحة، ونحو ذلك، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٨٤

يعلم خبره ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته، حتى يتيقن موته، أو يمضي عليه مدة لا يعيش مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم. وهذا قول الشافعي - رضي الله عنه - ومحمد بن الحسن، وهو المشهور عن مالك، وأبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الأصل حياته، والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولا توقيف هاهنا، فوجب التوقف عنه

والرواية الثانية، أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد. وهذا قول عبد الملك بن الماجشون؛". (١)

١٩٤. ١٩٤-"لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا. وقال عبد الله بن عبد الحكم: ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد. ولعله يحتج بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أعمار أمتي ما بين السبعين والستين» . أو كما قال؛ ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، فأشبه التسعين

وقال الحسن بن زياد: ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة. قال: ولو فقد وهو ابن ستين سنة، وله مال، لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى، فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة، فيقسم ماله حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء، وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود، وكان ماله للأحياء من ورثته، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود، ولم يكن لورثة المفقود

قال اللؤلؤي: وهذا قول أبي يوسف. وحكى الخبري عن اللؤلؤي أنه قال: إن الموقوف للمفقود، وإن لم يعلم خبره يكون لورثته. قال: وهو الصحيح عندي، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي، فقال: لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم، أو بعد فقده بيوم، وتمت مائة وعشرون سنة، لم تورث منه شيئا، ولم نورثه منها؛ لأننا لا نعلم أيهما مات أولا

وهذا قياس قول من قال في الغرقى: إنه لا يورث أحدهم من صاحبه، ويرث كل واحد الأحياء من ورثته. قال القاضي: هذا قياس قول أحمد. واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله، لا من مات قبل ذلك، ولو بيوم. واختلفوا في من مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء، على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين، ويوقف الباقي حتى يتبين أمره، أو تمضي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٩/٦

مدة الانتظار

، فتعمل المسألة على أنه حي، ثم على أنه ميت، وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو في وقفهما إن اتفقتا، وتجتزئ إحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتعطي كل واحد أقل النصيبين، ومن لا يرث إلا من أحدهما لا تعطيه شيئا، وتقف الباقي. ولهم أن يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود، واختاره ابن اللبان؛ لأنه لا يخرج عنهم. وأنكر ذلك الوني، وقال: لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة، وهي متيقنة، ثم يقال له: لك أن تصالح على بعضه

بل إن جاز ذلك، فالأولى أن نقسم المسألة على تقدير الحياة، ونقف نصيب المفقود لا غير. والأول أصح، إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه، ويقين الحياة معارض بظهور الموت، فينبغي أن يورث كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه؛ لأنه حقهم، لا يخرج عنهم، وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه، كما تقدم في نظائره، ووجوب وقفه". (١)

١٩٥. ١٩٥-"لا يوقف هاهنا شيء، وتعطى الأخت من الأب السبع؛ لأنها لا تحجب بالشك، كما لا ترث بالشك. والأول أصح؛ لأن دفع السبع إليها توريث بالشك، وليس في الوقف حجب يقينا، إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها. ويعارض قول هذا القائل قول من قال: إن اليقين حياته، فيعمل على أنه حي، ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين. والتوسط بما ذكرناه أولى. والله أعلم.

[فصل ميراث الأسير]

(٤٩٧٤) فصل: والأسير كالمفقود، إذا انقطع خبره. وإن علمت حياته، ورث، في قول الجمهور. وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث؛ لأنه عبد، وحكي ذلك عن النخعي، وقتادة والصحيح الأول. والكفار لا يملكون الأحرار. والله أعلم.

[فصل حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه]

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٠

(٤٩٧٥) فصل: في التزويج في المرض والصحة. حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد، وتوريث كل واحد منهما من صاحبه، في قول الجمهور. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي – رضي الله عنهما –. وقال مالك: أي الزوجين كان مريضا مرضا مخوفا حال عقد النكاح، فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها، فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية

وعن الزهري، ويحيى بن سعيد مثله. واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث، كالأمة والذمية، فقال بعضهم: يصح؛ لأنه لا يتهم بقصد توريثها. ومنهم من أبطله؛ لجواز أن تكون وارثة. وقال ربيعة، وابن أبي ليلى: الصداق والميراث من الثلث. وقال الأوزاعي: النكاح صحيح، ولا ميراث بينهما

وعن القاسم بن محمد والحسن: إن قصد الإضرار بورثته، فالنكاح باطل، وإلا فهو صحيح ولنا، أنه عقد معاوضة يصح في الصحة، فيصح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه، فيصح كحال الصحة، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة، أصدق كل واحدة ألفا ليضيق بهن على امرأته، ويشركنها في ميراثها، فأجيز ذلك. وإذا ثبت صحة النكاح، ثبت الميراث بعموم الآية.

[فصل لا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده]

(٤٩٧٦) فصل: ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده؛ لعموم الآية، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى لبروع بنت واشق بالميراث، وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها، ولم يفرض لها صداقا. ولأن النكاح صحيح ثابت، فيورث به، كما بعد الدخول.". (١)

١٩٦. ١٩٦–"ميراثهن بالطلاق، فكذلك يمنع من تنقيصهن منه، وكلا الوجهين بعيد؛ أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات، فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه، وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع، ولا الجمع بين الأختين. فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية. وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه، وانقضت عدتهن، ونكح أربعا سواهن، ثم مات من مرضه، فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات

وعلى الثاني يكون فيه وجهان؛ أحدهما، أن الميراث كله للمطلقات. وعلى الثاني هو بين الثمان. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٢

مالك: الميراث للمطلقات، ولا شيء للمنكوحات؛ لأن نكاحهن غير صحيح عنده. وإن صح من مرضه، فتزوج أربعا في صحته ثم مات، فالميراث لهن في قول الجمهور، ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه. وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا إلا في قوله وقول من وافقه. ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه، وقال: قد أخبرنني بانقضاء عدتهن

فكذبنه، فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها، ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث. وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، واللؤلؤي، إذا كان بعد أربعة أشهر. وقال زفر: لا يجوز له التزويج أيضا. والأول أصح؛ لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه، فقبل قوله فيه. فعلى هذا إن تزوج أربعا في عقد واحد، ثم مات، ورثه المطلقات دون المنكوحات، إلا أن يمتن قبله، فيكون الميراث للمنكوحات

وإن أقررن بانقضاء عدتهن، وقلنا: الميراث لهن بعد انقضاء العدة. فالميراث للمنكوحات أيضا. وإن مات منهن ثلاث، فالميراث للباقية. وإن مات منهن واحدة، ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان، أو مات من المطلقات اثنتان، ومن المنكوحات واحدة، فالميراث لباقي المطلقات. وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث، أو من المطلقات اثنتان، ومن المنكوحات اثنتان، أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة، فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا؛ لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع، جاز فكان صحيحا

وإن تزوج المنكوحات في أربعة عقود، فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات. وإن مات اثنتان، ورثت الأولى والثانية. وإن مات ثلاث، ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات، مع من بقي من المطلقات. وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي. وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات.". (١)

١٩٧. ١٩٧-"تقديم ذي الأرحام على المولى. ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥]

ولنا، حديث عبد الله بن شداد، وحديث الحسن، ولأنه عصبة يعقل عن مولاه، فيقدم على الرد وذوي الرحم، كابن العم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٠٢

[فصل كان للمعتق عصبة أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال]

(٤٩٩٥) فصل: وإن كان للمعتق عصبة من نسبه، أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى. لا نعلم في هذا خلافا؛ لما تقدم من الحديث، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» . وفي لفظ: «فلأولى عصبة ذكر» . والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء؛ لأنه مشبه بالقرابة، والمشبه به أقوى من المشبه، ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة، ولا يتعلق ذلك بالولاء.

[فصل اختلف دين السيد وعتيقه]

(٤٩٩٦) فصل: وإن اختلف دين السيد وعتيقه، فالولاء ثابت. لا نعلم فيه خلافا؛ لعموم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء لمن أعتق» . ولقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين، وكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه بإعتاقه، وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما، ويثبت الولاء للذكر على الأنثى، والأنثى على الذكر، ولكل معتق، لعموم الخبر والمعنى، ولحديث عبد الله بن شداد. وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يرثه.

روي ذلك عن علي، وعمر بن عبد العزيز. وبه قال أهل الظاهر. واحتج أحمد بقول علي: الولاء شعبة من الرق. وقال مالك: يرث المسلم مولاه النصراني؛ لأنه يصلح له تملكه، ولا يرث النصراني مولاه المسلم؛ لأنه لا يصلح له تملكه. وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» . ولأنه ميراث، فيمنعه اختلاف الدين، كميراث النسب

ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث، فمنع الميراث بالولاء، كالقتل والرق، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى، فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ألحق الولاء بالنسب، بقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته، كذلك يمنعه مع صحة الولاء، وثبوته، فإذا اجتمعا على الإسلام، توارثا كالمتناسبين، وهذا **أصح** في الأثر والنظر، إن شاء الله تعالى، فإن كان للسيد عصبة على دين العبد، ورثه دون سيده. وقال داود:

لا يرث عصبته مع حياته.". (١)

١٩٨.   ١٩٨-"للمعتق» . وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . والنسب لا يورث وإنما يورث به، ولأنه معنى يورث به، فلا ينتقل كسائر الأسباب، والله تعالى أعلم.

[مسألة من أعتق سائبة لم يكن له الولاء]

(٥٠٠٠) مسألة؛ قال: (ومن أعتق سائبة، لم يكن له الولاء، فإن أخذ من ميراثه شيئا، رده في مثله) قال أحمد، في رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة، هو الرجل يقول لعبده: قد أعتقتك سائبة. كأنه يجعله لله، لا يكون ولاؤه لمولاه، قد جعله لله وسلمه. عن أبي عمرو الشيباني، عن عبد الله بن مسعود: السائبة يضع ماله حيث شاء. وقال أحمد، قال عمر: السائبة والصدقة ليومها.

ومتى قال الرجل لعبده: أعتقتك سائبة، أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك. لم يكن له عليه ولاء. فإن مات، وخلف مالا، ولم يدع وارثا، اشتري بماله رقاب، فأعتقوا. في المنصوص عن أحمد. وأعتق ابن عمر عبدا سائبة، فمات، فاشترى ابن عمر بماله رقابا فأعتقهم. وقال عمر بن عبد العزيز، والزهري، ومكحول، وأبو العالية، ومالك: يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين

وعن عطاء أنه قال: كنا نعلم أنه إذا قال: أنت حر سائبة. فهو يوالي من شاء. ولعل أحمد، - رحمه الله - ذهب إلى شراء الرقاب استحبابا لفعل ابن عمر. والولاء للمعتق. وهذا قول النخعي، والشعبي، وابن سيرين، وراشد بن سعد، وضمرة بن حبيب، والشافعي، وأهل العراق؛ لقوله - عليه السلام -: «الولاء لمن أعتق. وجعله لحمة كلحمة النسب»

فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط، لا يزول ولاء عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة، قال لها النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اشتريها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» . يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئا، ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل، قال: جاء رجل إلى عبد الله، فقال: إني أعتقت عبدا لي، وجعلته سائبة، فمات، وترك مالا، ولم يدع وارثا، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبون، وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون، وأنت ولي نعمته، فإن تأثمت وتحرجت من شيء فنحن

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٠

نقبله، ونجعله في بيت المال

وقال سعيد: ثنا هشيم، ثنا بشر، عن عطاء، أن طارق بن المرقع أعتق سوائب، فماتوا، فكتب إلى عمر - رضي الله عنه - فكتب عمر، أن ادفع مال الرجل إلى مولاه، فإن قبله وإلا فاشتر به رقابا فأعتقهم عنه. وقال: حدثنا هشيم عن منصور، أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة: هو للذي أعتقه. وهذا القول **أصح** في الأثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله، كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه، كفعل

ابن عمر في ميراث معتقه، وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقته لبنى بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة، فأعطاها". (١)

١٩٩. ١٩٩-"دون أولادهم. ولم يعتق الشافعي إلا عمودي النسب. وعن أحمد، رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب، ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه، فيعتقه.» رواه مسلم.

ولنا: ما روى الحسن، عن سمرة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من ملك ذا رحم محرم، فهو حر» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال حديث حسن. ولأنه ذو رحم محرم، فيعتق عليه بالملك، كعمودي النسب، وكالإخوة والأخوات عند مالك. فأما قوله: " حتى يشتريه فيعتقه " فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له، كما يقال: ضربه فقتله، والضرب هو القتل؛ وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى، جاز عطف صفته عليه، كما يقال: ضربه فأطار رأسه

ومتى عتق عليه، فولاؤه له، لأنه يعتق من ماله بسبب فعله، فكان ولاؤه له، كما لو باشر عتقه، وسواء ملكه بشراء، أو هبة، أو غنيمة، أو إرث، أو غيره. لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا.

[فصل المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم]

(٥٠٠٣) فصل: ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم، كالأم والأخ من الرضاعة، والربيبة، وأم الزوجة، وابنتها إلا أنه حكي عن الحسن، وابن سيرين، وشريك، أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٣

وروي عن ابن مسعود أنه كرهه. والأول أصح. قال الزهري: جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاع. ولأنه لا نص في عتقهم، ولا هم في معنى المنصوص عليه، فيبقون على الأصل، ولأنهما لا رحم بينهما، ولا توارث ولا تلزمه نفقته، فأشبه الربيبة وأم الزوجة.

[فصل ملك ولده من الزنى]

(٥٠٠٤) فصل: وإن ملك ولده من الزنى، لم يعتق عليه. على ظاهر كلام أحمد؛ لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه، وهي الميراث والحجب، والمحرمية، ووجوب الإنفاق، وثبوت الولاية له عليه. ويحتمل أن يعتق؛ لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين، عتق عليه، مع انتفاء هذه الأحكام.

[مسألة ولاء المكاتب والمدبر]

(٥٠٠٥) مسألة؛ قال: (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا) هذا قول عامة الفقهاء. وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكى ابن سراقة، عن عمرو بن دينار، وأبي ثور، أنه لا ولاء على المكاتب؛ لأنه اشترى نفسه من سيده، فلم يكن له عليه ولاء، كما لو اشتراه". (١)

٢٠٠. ٢٠٠-"[فصل تزوج المكاتب في كتابته]

(٥٠١٤) فصل: وحكم المكاتب يتزوج في كتابته، فيأتي له أولاد ثم يعتق، حكم العبد القن في جر الولاء، وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة؛ لأنهم عبيد، فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

[فصل انجر الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا]

(٥٠١٥) فصل: إذا انجر الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا، عاد الولاء إلى بيت المال، ولم يرجع إلى موالي الأم بحال. في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن ابن عباس – رضي الله عنهما –، أنه يعود إلى موالي الأم. والأول أصح؛ لأن الولاء جرى مجرى الانتساب، ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعد النسبة إلى الأم، كذلك الولاء. فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب، كان ولاء ولدها لموالي أبيه

بلا خلاف. فإن نفاه باللعان، عاد ولاؤه إلى موالي الأم؛ لأنا نتبين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٥

فإن عاد فاستلحقه، عاد الولاء إلى موالي الأب.

[فصل لا ينجر الولاء إلا بشروط]

(٥٠١٦) فصل: ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة؛ أحدها، أن يكون الأب عبدا حين الولادة، فإن كان حرا وزوجته مولاة، لم يخل، إما أن يكون حر الأصل، فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال وإن كان مولى، ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء، ولا جر فيه الثاني، أن تكون الأم مولاة، فإن لم تكن كذلك لم تخل، إما أن تكون حرة الأصل، فلا ولاء على ولدها بحال، وهم أحرار بحريتها، أو تكون أمة، فولدها رقيق لسيدها، فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال، سواء أعتقهم بعد ولادتهم، أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا.

بعتقها؛ لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرة، فلا ينجر عن العتق؛ لقوله – عليه السلام –: «الولاء لمن أعتق» . وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر، فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة، فلا ينجر ولاؤه، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية، لم يحكم بمس الرق له، وانجر ولاؤه؛ لأنه يحتمل أن يكون حادثا بعد العتق، فلم يمسه الرق، ولم يحكم برقه بالشك. وإن كانت المرأة بائنا، وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة، لم يلحق بالأب، وكان ولاؤه لمولى أمه، وإن أتت به لأقل من ذلك، لحقه الولد، وانجر ولاؤه، وولد الأمة مملوك، سواء كان من نكاح أو من سفاح، عربيا كان الزوج أو أعجميا

وهذا قول عامة الفقهاء. وعن عمر: إن كان زوجها عربيا فولده حر، وعليه قيمته، ولا ولاء عليه. وعن أحمد مثله. وبه قال ابن المسيب، والثوري، والأوزاعي، وأبو ثور. وقاله الشافعي في القديم، ثم رجع عنه. والأول أولى؛ لأن أمهم أمة، فكانوا عبيدا، كما لو كان أبوهم أعجميا.". (١)

٢٠١. ٢٠١-"فولاء ولدها لمولى أبيها؛ لأن ولاءها له، فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة، فالولاء لمولى أم أبي الأم، على الوجه الأول؛ لأن مولى أم أبي الأم يثبت له الولاء على أبي الأم، فكان مقدما على المعتقين أمها، ويثبت له الولاء عليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٩/٦

[فصل تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما]

(٥٠٢٣) فصل: في دور الولاء، إذا تزوج عبد معتقة، فأولدها بنتين، فاشترتا أباهما، عتق عليهما، ولهما عليه الولاء، وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها إليها؛ لأنها أعتقت نصف الأب، ولا ينجر الولاء الذي عليها، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها. فإن مات الأب، فماله لهما ثلثاه بالبنوة، وباقيه بالولاء. فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب، ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها، فصار لها ثلاثة أرباع مالها، والربع الباقي لمولى أمها. فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها، فمالها لأبيها. ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها؛ لكونها بنته، ونصف الباقي وهو الربع، لكونها مولاة نصفه، يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت؛ لأنها مولاة نصف أختها، صار لها سبعة أثمان ميراثه، ولمولى أم الميتة، الثمن. فإن ماتت البنت الباقية بعدهما، فمالها لمواليها، نصفه لمولى أمها، ونصفه لمولى أختها الميتة، وهم أختها وموالي أمها، فنصفه لمولى أمها، وهو الربع، والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة، فهذا الجزء دائر؛ لأنه خرج من هذه الميتة، ثم دار إليها، فقال القاضي: يجعل في بيت المال؛ لأنه لا مستحق له نعلمه. وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك، والشافعي. وقال بعض الشافعية، وبعض المدنيين: هو لمولى أم الميتة. وهذا قول الجمهور. وهاتان المسألتان أصل في دور الولاء، وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه، وهذا أصح ما قيل فيها، إن شاء الله، فإن ماتت الابنتان قبل الأب، ورث مالهما بالنسب. فإن مات بعدهما، فماله يقسم على ثمانية أسهم، لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم، سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها، يقسمان أيضا لمولى أمها سهم، وسهم دائر يرجع إلى بيت المال، فيحصل لبيت المال الربع، ولمولى أمها ثلاثة أرباع. فإن كن ثلاثا ماتت إحداهن قبل الأب، والأخرى بعده، فمال الأب على سبعة وعشرين، لابنتيه ثلثاها بالنسب، وثلثا الباقي بولائهما عليه، وثلث الباقي بولائهما على أختهما، ويبقى لمولى الأم سهم، ومال الثانية على ثمانية عشر، للحية تسعة بالنسب، وثلاثة بولائها عليها، ولمولى أمها ثلاثة، ويبقى ثلاثة لموالي الميتة الأولى للحية سهم، ولمولى أمها سهم، ويبقى سهم دائر، فمن جعله لبيت المال، دفعه إليه، ومن جعله لمولى الأم، فهو له، ومن لم يدفعه، قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين، وترجع بالاختصار إلى أربعة، فإن كانت أمهاتهن شتى فمن اثني عشر. فإن اشترى الابنتان

أباهما، ثم اشترى أبوهما هو والكبرى". (١)

٢٠٢.   ٢٠٢-"من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه، ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة. فأما رواية الخرقي في بنت المعتق، فوجهها ما روى إبراهيم النخعي، أن مولى لحمزة مات، وخلف بنتا، فورث النبي - صلى الله عليه وسلم - بنته النصف، وجعل لبنت حمزة النصف. والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة. قال عبد الله بن شداد: «كان لبنت حمزة مولى أعتقته، فمات، وترك ابنته ومولاته بنت حمزة، فرفع ذلك إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف» . قال عبد الله بن شداد: أنا أعلم بها؛ لأنها أختي من أمي، أمنا سلمى. رواه ابن اللبان بإسناده، وقال: هذا أصح مما روى إبراهيم. ولأن البنت من النساء، فلا ترث بالولاء كسائر النساء. فأما توريث المرأة من معتقها، ومعتق معتقها، ومن جر ولاء معتقها، فليس فيه اختلاف بين أهل العلم. وقد نص النبي - صلى الله عليه وسلم - على ذلك، فإن عائشة «أرادت شراء بريرة لتعتقها، ويكون ولاؤها لها، فأراد أهلها اشتراط ولائها، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اشتريها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق.» متفق عليه. وقال - عليه السلام -: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه.» قال الترمذي: هذا حديث حسن. ولأن المعتقة منعمة بالإعتاق، كالرجل، فوجب أن تساويه في الميراث. وفي حديث مولى بنت حمزة، الذي ذكرناه، تنصيص على توريث المعتقة.

وأما معتق أبيها، فهو بمنزلة عمها، أو عم أبيها فلا ترثه، ويرثه أخوها، كالنسب. ومن مسائل ذلك: رجل مات وخلف ابن معتقه، وبنت معتقه، فالميراث لابن معتقه خاصة. وعلى الرواية الأخرى، يكون الميراث بينهما أثلاثا. فإن لم يخلف إلا بنت معتقه، فلا شيء لها، وماله لبيت المال، إلا على الرواية الأخرى، فإن الميراث لها. وإن خلف أخت معتقه، فلا شيء لها، رواية واحدة. وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما. وإن خلف أخا معتقه وأخت معتقه، فالميراث للأخ. ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه، أو ابن معتق معتقه، فالمال له دون البنت، إلا على الرواية الأخرى، فإن لها النصف، والباقي للعصبة. وإن خلف بنته ومعتقه، فلبنته النصف والباقي لمعتقه، كما في قصة مولى بنت حمزة؛ فإنه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته، فأعطى النبي - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٣

وسلم – بنته النصف، والباقي لمولاته. وإن خلف ذا فرض سوى البنت، كالأم، أو الجدة أو الأخت، أو الأخ من الأم، أو الزوج، أو الزوجة، أو من لا يستغرق فرضه المال أومولاه أو مولاته، فإن لذي الفرض فرضه، والباقي لمولاه أو مولاته. في قول جمهور العلماء. وقد سبق ذكر ذلك. رجل وابنته، أعتقا عبدا، ثم مات الأب، وخلف ابنه وبنته، فماله بينهما أثلاثا، ثم مات العبد، فللبنت النصف؛ لأنها مولاة نصفه، والباقي لابن المعتق خاصة، إلا على الرواية الضعيفة، فإن الباقي يكون بينهما على". (١)

٢٠٣. ٢٠٣-"[كتاب الوديعة]

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨] . وقوله تعالى ﴿فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة: ٢٨٣] . وأما السنة فقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» وروي عنه – عليه السلام – «، أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر عليا أن يردها على أهلها»

وأما الإجماع، فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع، والعبرة تقتضيها، فإن بالناس إليها حاجة، فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظ لهم. الوديعة فعيلة، من ودع الشيء: إذا تركه، أي هي متروكة عند المودع. واشتقاقها من السكون. يقال: ودع، يدع. فكأنها ساكنة عند المودع. مستقرة. وقيل: هي مشتقة من الخفض والدعة، فكأنها في دعة عند المودع. وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة؛ لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته

وهي عقد جائز من الطرفين، متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها؛ لقوله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨] فإن أراد المستودع ردها على صاحبها، لزمه قبولها؛ لأن المستودع متبرع بإمساكها؛ فلا يلزمه التبرع في المستقبل.

[مسألة ليس على مودع ضمان إذا لم يتعد]

(٥٠٤٠) مسألة؛ قال: (وليس على مودع ضمان، إذا لم يتعد) وجملته أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٥

بغير تفريط من المودع، فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب. هذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن أبي بكر، وعلي، وابن مسعود - رضي الله عنهم -. وبه قال شريح، والنخعي، ومالك، وأبو الزناد والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحابالرأي. وعن أحمد رواية أخرى، إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها؛ لما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله. قال القاضي: والأولى **أصح**؛ لأن الله تعالى سماها أمانة

والضمان ينافي الأمانة. ويروى عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ليس على المستودع ضمان» . ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم. ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه، كالذي ذهب". (١)

٢٠٤. ٢٠٤-"كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» .

والمراد بالصدقة ها هنا الزكاة المفروضة، دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا. ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف، إلا ما روي عن عطاء، والحسن، أنهما قالا: ما أعطيت في الجسور والطرق، فهي صدقة ماضية. والأول **أصح**؛ وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿إنما الصدقات﴾ [التوبة: ٦٠] . و " إنما " للحصر تثبت المذكور، وتنفي ما عداه؛ لأنها مركبة من حرفي نفي وإثبات، فجرى مجرى قوله تعالى: ﴿إنما الله إله واحد﴾ [النساء: ١٧١] .

أي لا إله إلا الله. وقوله تعالى: ﴿إنما أنت منذر﴾ [الرعد: ٧] . أي ما أنت إلا نذير. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " إنما الولاء لمن أعتق ".

[مسألة الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرفة لهم]

(٥٠٩٧) مسألة؛ قال: (الفقراء، وهم الزمنى، والمكافيف الذين لا حرفة لهم، والحرفة الصناعة، ولا يملكون خمسين درهما، ولا قيمتها من الذهب. والمساكين، وهم السؤال، وغير السؤال، ومن لهم الحرفة، إلا أنهم لا يملكون خمسين درهما، ولا قيمتها من الذهب) الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة، وصنف

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٦

واحد في سائر الأحكام؛
لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما، فأما إذا جمع بين الاسمين، وميز بين المسميين تميزا، وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى، إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين، من قبل أن الله تعالى بدأ به، وإنما يبدأ بالأهم فالأهم. وبهذا قال الشافعي. والأصمعي. وذهب أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة. وبه قال الفراء، وثعلب، وابن قتيبة، لقول الله تعالى: ﴿أو مسكينا ذا متربة﴾ [البلد: ١٦] .
وهو المطروح على التراب لشدة حاجته، وأنشدوا:
أما الفقير الذي كانت حلوبته ... وفق العيال فلم يترك له سبد
فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله.
ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء، فيدل على أنهم أهم، وقال تعالى: ﴿أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر﴾ [الكهف: ٧٩] . فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «اللهم أحيني مسكينا، وأمتني مسكينا، واحشرني في زمرة المساكين. وكان يستعيذ من الفقر»". (١)

٢٠٥. ٢٠٥-"فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الأصناف، كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيهما، ولأن هذا يأخذ لحاجتنا إليه، فأشبه العامل والمؤلف، فأما أهل سائر السهمان، فإنما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته إليها، دون من يأخذ لحاجتنا إليه. فإذا تقرر هذا، فمن قال، إنه يريد الغزو. قبل قوله؛ لأنه لا يمكن إقامة البينة على نيته، ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارسا، وحمولته ودرعه ولباسه وسائر ما يحتاج إليه لغزوه، وإن كثر ذلك، ويدفع إليه دفعا مراعى، فإن لم يغز رده؛ لأنه أخذه كذلك، وإن غزا وعاد، فقد ملك ما أخذه؛ لأننا دفعنا إليه قدر الكفاية
وإنما ضيق على نفسه. وإن مضى إلى الغزو، فرجع من الطريق، أو لم يتم الغزو الذي دفع إليه من أجله، رد ما فضل معه؛ لأن الذي أخذ لأجله لم يفعله كله.
(٥١٢٠) فصل: وإنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان، وإنما يتطوعون بالغزو إذا نشطوا. قال أحمد: ويعطى ثمن الفرس، ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه؛ لأن الواجب إيتاء الزكاة، فإذا اشتراها بنفسه، فما أعطى إلا فرسا. وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة. وقال

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٩/٦

في موضع آخر: إن دفع ثمن الفرس وثمن السيف، فهو أعجب إلي، وإن اشتراه هو، رجوت أن يجزئه. وقال أيضا: يشتري الرجل من زكاته الفرس، ويحمل عليه، والقناة، ويجهز الرجل؛ وذلك لأنه قد صرف الزكاة في سبيل الله، فجاز، كما لو دفعها إلى الغازي فاشترى بها. قال: ولا يشتري من الزكاة فرسا يصير حبيسا في سبيل الله، ولا دارا، ولا ضيعة يصيرها في سبيل الله للرباط، ولا يقفها على المجاهدين. لأنه لم يؤت الزكاة لأحد، وهو مأمور بإتيانها. قال: ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله؛ لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته، كما لا يجوز أن يقضي بها دينه، ومتى أخذ الفرس التي اشتريت بماله، صار مصرفا لزكاته.

[مسألة يصرف من الزكاة في الحج]

(٥١٢١) مسألة؛ قال: (ويعطى أيضا في الحج، وهو من سبيل الله) ويروى هذا عن ابن عباس. وعن ابن عمر، الحج في سبيل الله. وهو قول إسحاق؛ لما روي «أن رجلا جعل ناقة له في سبيل الله، فأرادت امرأته الحج، فقال لها النبي – صلى الله عليه وسلم –: اركبيها، فإن الحج في سبيل الله» . وعن أحمد – رحمه الله – رواية أخرى، لا يصرف منها في الحج. وبه قال مالك، وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. وهذا أصح؛ لأن سبيل الله عند". (١)

٢٠٦. ٢٠٦–"رواية أخرى، أنه إذا بلغ عشرا زوج، وتزوج، وطلق، وأجيزت وكالته في الطلاق. وهذا يحتمله كلام الخرقي؛ لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا، ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته وطلاقه، فثبتت له الولاية كالبالغ. والأول اختيار أبي بكر، وهو الصحيح؛ لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال، لأنها تنفيذ التصرف في حق غيره اعتبرت نظرا له، والصبي مولى عليه لقصوره، فلا تثبت له الولاية، كالمرأة.

الشرط السادس، العدالة. في كونها شرطا روايتان؛ إحداهما، هي شرط. قال أحمد: إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح. فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المتولي له. وهذا قول الشافعي؛ وذلك لما روي عن ابن عباس – رضي الله عنه – أنه قال: لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد. قال أحمد: أصح شيء في هذا قول ابن عباس، وقد روي – يعني عن ابن عباس

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٨٣

قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل»

وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل» . ولأنها ولاية نظرية، فلا يستبد بها الفاسق، كولاية المال. والرواية الأخرى، ليست بشرط. نقل مثنى بن جامع، أنه سأل أحمد: إذا تزوج بولي فاسق، وشهود غير عدول؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء، وهذا ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه ذكر الطفل والعبد والكافر، ولم يذكر الفاسق. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي؛ لأنه يلي نكاح نفسه، فتثبت له الولاية على غيره، كالعدل، ولأن سبب الولاية القرابة، وشرطها النظر، وهذا قريب ناظر، فيلي كالعدل

(٥١٧١) فصل: ولا يشترط أن يكون بصيرا؛ لأن شعيبا – عليه السلام –، زوج ابنته وهو أعمى، ولأن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة، فلا يفتقر إلى النظر. ولا يشترط كونه ناطقا، بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة؛ لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام، فكذلك في النكاح.

[فصل من لم تثبت له الولاية في النكاح لا يصح توكيله]

(٥١٧٢) فصل: ومن لم تثبت له الولاية، لا يصح توكيله؛ لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه. وإن وكله الولي في تزويج موليته، لم يجز؛ لأنها ولاية، وليس هو من أهلها، ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب، فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى.". (١)

٢٠٧. ٢٠٧-"أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال، بإجماع أهل العلم، منهم؛ مالك، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحابالرأي. وقال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وقال أبو الخطاب في الذمي: إذا أسلمت أم ولده، هل يلي نكاحها؟ على وجهين؛ أحدهما، يليه؛ لأنها مملوكته، فيلي نكاحها كالمسلم، ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها. والثاني، لا يليه؛ لقول الله تعالى ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١] ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢/٧

فعلى هذا يزوجها الحاكم

وهذا أولى؛ لما ذكرنا من الإجماع. وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة، غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة؛ وذلك لقول الله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] . ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر، ولا يعقل عنه، فلم يل عليه، كما لو كان أحدهما رقيقا. وأما سيد الأمة الكافرة، فله تزويجها لكافر؛ لكونها لا تحل للمسلمين، وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر؛ لأنها ولاية بالملك، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلما، كسائر الولايات، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج. ولا ولي لها غير سيدها

فأما السلطان، فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة؛ لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام، وهذه من أهل الدار، فتثبت له الولاية عليها، كالمسلمة. وأما الكافر، فتثبت له الولاية على أهل دينه، على حسب ما ذكرناه في المسلمين، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان، بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين.

[فصل إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه]

(٥١٨٠) فصل: إذا تزوج المسلم ذمية، فوليها الكافر يزوجها إياه. ذكره أبو الخطاب. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه وليها، فصح تزويجه لها، كما لو زوجها كافرا، ولأن هذه امرأة لها ولي مناسب، فلم يجز أن يليها غيره، كما لو تزوجها ذمي

وقال القاضي: لا يزوجها إلا الحاكم؛ لأن أحمد قال: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقدة نكاح لمسلم ولا مسلمة. ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين، فلم يصح بولاية كافر، كنكاح المسلمين، والأول **أصح**، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم، بخلاف الولاية.". (١)

٢٠٨. ٢٠٨-"[مسألة إذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها]

(٥١٨١) مسألة؛ قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه، وهو حاضر، ولم يعضلها، فالنكاح فاسد) . هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة؛ أحدها، أنه إذا زوجها الولي الأبعد، مع حضور الولي الأقرب، فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه، لم يصح. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يصح؛ لأن هذا ولي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧/٧

فصح له أن يزوجها بإذنها كالأقرب. ولنا، أن هذا مستحق بالتعصيب، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب، كالميراث، وبهذا فارق القريب البعيد.

الحكم الثاني، أن هذا العقد يقع فاسدا، لا يقف على الإجازة، ولا يصير بالإجازة صحيحا، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده، فالنكاح في هذا كله باطل، في أصح الروايتين. نص عليه أحمد في مواضع. وهو قول الشافعي، وأبي عبيد وأبي ثور. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يقف على الإجازة؛ فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فسد. قال أحمد، في صغير زوجه عمه: فإن رضي به في وقت من الأوقات، جاز، وإن لم يرض، فسخ
وإذا زوجت اليتيمة، فلها الخيار إذا بلغت. وقال: إذا زوج العبد بغير إذن سيده، ثم علم السيد، فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد، فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد. وهذا قول أصحاب الرأي، في كل مسألة يعتبر فيها الإذن. وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وعن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وإسحاق، وأبي يوسف، ومحمد؛ لما روي «أن جارية بكرا أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم -» رواه أبو داود، وابن ماجه. وروي «أن فتاة جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها. فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئا.» رواه ابن ماجه والنسائي.
وفي رواية ابن ماجه: «أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء» . ولأنه عقد يقف على الفسخ، فوقف على الإجازة، كالوصية
ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل.» وقال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده، فنكاحه باطل» ، رواه أبو داود، وابن ماجه.". (١)

٢٠٩. ٢٠٩-"عذرتها. ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا، ولا حكمها حكمهن؛ لأنها غير موطوءة في القبل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨/٧

[فصل اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول]

(٥٢١٠) فصل: إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول، فالقول قولها، في قول أكثر الفقهاء. وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم، وفي البكر: القول قول الزوج؛ لأن الأصل السكوت، والكلام حادث والزوج يدعي الأصل، فالقول قوله. ولنا، أنها منكرة الإذن، والقول قول المنكر، ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت، والأصل عدم ذلك، وهذا جواب على قوله إن الأصل معه. وإن اختلفا بعد الدخول، فقال القاضي: القول قول الزوج؛ ولأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح، فكان الظاهر معه

وهل تستحلف المرأة إذا قلنا: القول قولها؟ قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد: تستحلف. فإن نكلت، فقال أبو يوسف، ومحمد: يثبت النكاح. وقال الشافعي: يستحلف الزوج، ويثبت النكاح. ولنا، أنه اختلاف في زوجية، فلا يثبت بالنكول، ولا يحلف المدعي معه، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج، فالقول قولها؛ لأنه اختلاف في أمر يختص بها، صادر من جهتها، فالقول قولها فيه، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعي صحة العقد، وهم يدعون فساده، فالظاهر معها.

[فصل إذن المجنونة في النكاح]

(٥٢١١) فصل: في المجنونة، إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة، جاز تزويجها لمن يملك إجبارها؛ لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها، فمع عدمه أولى. وإن كانت ممن لا تجبر، انقسمت ثلاثة أقسام؛ أحدها، أن يكون وليها الأب أو وصيه، كالثيب الكبيرة، فهذه يجوز لوليها تزويجها. ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه جعل للأب تزويج المعتوه، فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي، وأبي حنيفة. ومنع منه أبو بكر؛ لأنها ولاية إجبار، وليس على الثيب ولاية إجبار

والأول أصح؛ فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها، لحصول المباشرة منها والخبرة، وهذه بخلاف ذلك. وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة، إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها، إذا كانت عاقلة.

القسم الثاني، أن يكون وليها الحاكم، ففيها وجهان؛". (١)

٢١٠. ٢١٠-"الزيادة فيها على عوض المثل، كبيع ماله. وهذا مذهب الشافعي. وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، فهذا مثله، فإنه قد يرى المصلحة في ذلك، فجاز له بذل المال فيه، كما يجوز في مداواته، بل الجواز هاهنا أولى؛ فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون، إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة. وذكر القاضي، في " المجرد "، أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة؛ لعدم حاجته إلى زيادة عليها، فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه

وذكر في " الجامع "، أن له تزويج ابنه الصغير بأربع؛ لأنه قد يرى المصلحة فيه، وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به في النكاح؛ لأن فيه ضررا به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه، فإن فعل، خرج في صحة النكاح وجهان. فإن قلنا: يصح. فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين، مضى توجيهها في تزويج الصغيرة بمعيب. ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي، أو عقل المجنون، فلهما الفسخ، وليس له تزويجه بأمة؛ لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت، وهو معدوم في حق الصبي، غير معدوم في المجنون.

[فصل إذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن]

(٥٢٢٢) فصل: وإذا زوج ابنه، تعلق الصداق بذمة الابن، موسرا كان أو معسرا؛ لأنه عقد للابن، فكان عليه بذله، كثمن المبيع. وهل يضمنه الأب؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يضمنه. نص عليه، فقال: تزويج الأب لابنه الطفل جائز، ويضمن الأب المهر؛ لأنه التزم العوض عنه، فضمنه، كما لو نطق بالضمان. والأخرى، لا يضمنه؛ لأنه عقد معاوضة، ناب فيه عن غيره، فلم يضمن عوضه، كثمن مبيعه، أو كالوكيل. قال القاضي: هذا أصح. وقال: إنما الروايتان فيما إذا كان الابن معسرا، أما الموسر، فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة، فإن طلق قبل الدخول، سقط نصف الصداق

فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه، رجع نصفه إلى الابن، وليس للأب الرجوع فيه، بمعنى الرجوع في الهبة؛ لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه، فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن. ويحتمل أن يرجع فيه؛ لأنه تبرع عن ابنه، فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧

وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير، ثم طلق قبل الدخول. وإن ارتدت قبل الدخول، فالحكم في الرجوع في جميعه، كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق.". (١)

٢١١. ٢١١-"[فصل اختلاف الزوجين في زمن إسلامهما]

(٥٤٣٥) فصل: في اختلاف الزوجين، لا يخلو اختلافهما من حالين؛ أحدهما، أن يكون قبل الدخول، ففيه مسألتان (٥٤٣٦) : المسألة الأولى: أن يقول الزوج: أسلمنا معا، فنحن على النكاح. وتقول هي: بل أسلم أحدنا قبل صاحبه، فانفسخ النكاح. فقال القاضي: القول قول المرأة؛ لأن الظاهر معه؛ إذ يبعد اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة، والقول قول من الظاهر معه، ولذلك كان القول قول صاحب اليد. وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر، أن القول قول الزوج؛ لأن الأصل بقاء النكاح، والفسخ طارئ عليه، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر، وللشافعي قولان، كهذين الوجهين

(٥٤٣٧) المسألة الثانية، أن يقول الزوج: أسلمت قبلي، فلا صداق لك. وتقول هي: أسلمت قبلي، فلي نصف الصداق. فالقول قولها؛ لأن المهر وجب بالعقد، والزوج يدعي ما يسقطه، والأصل بقاؤه، ولم يعارضه ظاهر فبقي. فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه، ولا يعلمان عينه، فلها نصف الصداق. كذلك ذكره أبو الخطاب. وقال القاضي: إن لم تكن قبضت، فلا شيء؛ لها لأنها تشك في استحقاقها، فلا تستحق بالشك، وإن كان بعد القبض، لم يرجع عليها؛ لأنه يشك في استحقاق الرجوع، ولا يرجع مع الشك

والأول أصح؛ لأن اليقين لا يزال بالشك، وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث، أو تيقن الحدث وشك في الطهارة، بنى على اليقين، وهذه قد كان صداقها واجبا لها، وشكا في سقوطه، فيبقى على الوجوب.

وأما إن اختلفا بعد الدخول، ففيه أيضا مسألتان؛ (٥٤٣٨) المسألة الأولى: أن يقول: أسلمنا معا. أو أسلم الثاني في العدة، فنحن على النكاح. وتقول هي: بل أسلم الثاني بعد العدة، فانفسخ النكاح. ففيه وجهان؛ أحدهما، القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني، القول قولها؛ لأن الأصل عدم

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٧

إسلام الثاني
(٥٤٣٩) المسألة الثانية، أن تقول: أسلمت قبلك، فلي نفقة العدة. ويقول هو: أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها؛ لأن الأصل وجوب النفقة. وهو يدعي سقوطها. وإن قال: أسلمت بعد شهرين من إسلامي، فلا نفقة لك فيهما. وقالت: بعد شهر. فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني.
فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح، وأنكرته، انفسخ النكاح، لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه، فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع، فكذبته.". (١)

٢١٢. ٢١٢-"وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها؛ لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد، فلم يمكن اختيارها، والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها، فتعين النكاح فيها بخلاف الأختين
(٥٤٥٨) الفصل الثاني: إذا دخل بهما، حرمتا على التأبيد، الأم لأنها أم زوجته، والبنت لأنها ربيبته من زوجته التي دخل بها قال. ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وهذا قول الحسن، وعمر بن عبد العزيز، وقتادة، ومالك، وأهل الحجاز، والثوري، وأهل العراق، والشافعي، ومن تبعهم. وإن دخل بالأم وحدها، فكذلك؛ أن البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها، والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها
وإن دخل بالبنت وحدها، ثبت نكاحها، وفسد نكاح أمها، كما لو لم يدخل بهما. ولو لم تسلم معه إلا إحداهما، كان الحكم كما لو أسلمتا معه معا؛ فإن كانت المسلمة هي الأم، فهي محرمة عليه على كل حال، وإن كانت البنت، ولم يكن دخل بأمها، ثبت نكاحها، وإن كان دخل بأمها، فهي محرمة على التأبيد. ولو أسلم وله جاريتان، إحداهما أم الأخرى، وقد وطئهما جميعا حرمتا عليه على التأبيد، وإن كان قد وطئ إحداهما، حرمت الأخرى على التأبيد، ولم تحرم الموطوءة، وإن كان لم يطأ واحدة منهما، فله وطء أيتهما شاء، فإذا وطئها، حرمت الأخرى على التأبيد. والله أعلم.

[مسألة أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة]
(٥٤٥٩) مسألة؛ قال: ولو أسلم عبد، وتحته زوجتان، قد دخل بهما، فأسلمتا في العدة، فهما

(١) المغني لابن قدامة ١٥٦/٧

زوجتاه، ولو كن أكثر، اختار منهن اثنتين وجملة ذلك أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على الأربع، فإذا أسلم وتحته زوجتان، فأسلمتا معه، أو في عدتهما، لزم نكاحهما، حرتين كانتا أو أمتين، أو حرة وأمة؛ لأن له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه، فكذلك في اختياره وإن كن أكثر، اختار منهن اثنتين، أيتهن شاء، على ما مضى في الحر، فلو كان تحته حرتان وأمتان، فله أن يختار الحرتين أو الأمتين، أو حرة، وأمة، وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه؛ لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد، ولم يتجدد رقه بالإسلام، ولا تجددت حريتها بذلك، فلم يكن لها خيار، كما لو تزوجت معيبا تعلم عيبه ثم أسلما. وذكر القاضي وجها، أن لها الخيار؛ لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام، فكأنه عيب حادث. والأول أصح؛ فإن الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء، ولم يتجدد نقصه بالإسلام، فهو كسائر العيوب". (١)

٢١٣. ٢١٣-"ولهذا لو دعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها، ولو عتقت تحت عبد، لم يملك إجبارها على الفسخ.

[مسألة عتقت الأمة وزوجها عبد]

(٥٥١٥) مسألة؛ قال: وإذا عتقت الأمة، وزوجها عبد، فلها الخيار في فسخ النكاح. أجمع أهل العلم على هذا، ذكره ابن المنذر، وابن عبد البر، وغيرهما

والأصل فيه خبر بريرة، قالت عائشة: «كاتبت بريرة، فخيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في زوجها، وكان عبدا، فاختارت نفسها.» قال عروة: ولو كان حراما ما خيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. رواه مالك، في " الموطأ "، وأبو داود، والنسائي.، ولأن عليها ضررا في كونها حرة تحت عبد، فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر، فبان عبدا، فإن اختارت الفسخ فلها فراقه، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك؛ لأنها أسقطت حقها. وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله تعالى.

[فصل عتقت تحت حر]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٦٤

(٥٥١٦) فصل: وإن عتقت تحت حر، فلا خيار لها. وهذا قول ابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، وسليمان بن يسار، وأبي قلابة، وابن أبي ليلى ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق وقال طاوس، وابن سيرين، ومجاهد، والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، والثوري وأصحابالرأي: لها الخيار؛ لما روى الأسود، عن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «خير بريرة، وكان زوجها حرا.» رواه النسائي. ولأنها كملت بالحرية، فكان لها الخيار، كما لو كان زوجها عبدا

ولنا، أنها كافأت زوجها في الكمال، فلم يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم. فأما خبر الأسود عن عائشة، فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة، أن زوج بريرة كان عبدا. وهما أخص بها من الأسود؛ لأنهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الأعمش، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة، أن زوج بريرة كان عبدا. فتعارضت روايتاه. وقال ابن عباس: كان زوج بريرة عبدا أسود لبني المغيرة، يقال له: مغيث. رواه البخاري، وغيره.

وقالت صفية بنت أبي عبيد: كان زوج بريرة عبدا أسود.

قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة: إنه عبد. رواية علماء المدينة وعملهم، وإذا روى أهل المدينة حديثا وعملوا به، فهو أصح شيء، وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده، فأما غيره فليس بذاك

قال: والعقد صحيح، فلا يفسخ بالمختلف فيه، والحر فيه اختلاف، والعبد لا اختلاف فيه، ويخالف الحر العبد؛ لأن العبد ناقص، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده، بخلاف الحر.". (١)

٢١٤. ٢١٤-"[فصل إن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار]

(٥٥٣٠) فصل: وإن عتق زوج الأمة، لم يثبت له خيار؛ لأن عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح، ولذلك لا تعتبر الكفاءة إلا في الرجل دون المرأة. ولو تزوج امرأة مطلقا، فبانت أمة، لم يثبت له خيار. ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا، فبان عبدا كان لها الخيار، وكذلك في الاستدامة، لكن إن عتق ووجد الطول لحرة، فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين، تقدم ذكرهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٩٢

[فصل عتقت الأمة فقالت لزوجها زدني في مهري]

(٥٥٣١) فصل: وإذا عتقت الأمة، فقالت لزوجها: زدني في مهري. ففعل، فالزيادة لها دون سيدها، سواء كان زوجها حرا أو عبدا، وسواء عتق معها، أو لم يعتق. نص عليه أحمد، فيم إذا زوج عبده من أمته ثم عتقا جميعا، فقالت الأمة: زدني في مهري. فالزيادة للأمة لا للسيد. فقيل: أرأيت إن كان الزوج لغير السيد، لمن تكون الزيادة؟ قال: للأمة

وعلى قياس هذا، لو زوجها سيدها، ثم باعها، فزادها زوجها في مهرها، فالزيادة للثاني. وقال القاضي: الزيادة للسيد المعتق في الموضعين، على قياس المذهب؛ لأن من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الأول، فتكون كالمذكورة فيه. والذي قلناه أصح؛ لأن الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها، بعد زوال ملك سيدها عنها، فيكون لها، ككسبها والموهوب لها

وقولنا: إن الزيادة تلحق بالعقد. معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها، ويصير الجميع صداقا، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتا فيها، وكان لسيدها، فإن هذا محال، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق، فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه؛ لأنه يؤدي إلى تقدم الحكم قبل سببه، ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته، وكان له نماؤه. وهذا أظهر من أن نطيل فيه.

[باب أجل العنين والخصي غير المجبوب]

العنين: هو العاجز عن الإيلاج. وهو مأخوذ من عن. أي: اعترض؛ لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه، أي يعترض، والعنن الاعتراض. وقيل: لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله، فلا يقصده. فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به، ويستحق به فسخ النكاح، بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها، ويعلم حاله بها. وهذا قول عمر، وعثمان، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة، - رضي الله عنهم -

وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، وعمرو بن دينار، والنخعي، وقتادة، وحماد بن أبي سليمان. وعليه فتوى فقهاء الأمصار، منهم؛ مالك، وأبو حنيفة وأصحابه والثوري، والأوزاعي والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد وشذ الحكم بن عيينة، وداود، فقالا: لا يؤجل، وهي امرأته

وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه -؛ لأن". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٩٩

٢١٥.   ٢١٥-"أرطال زيت.

وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل، كثوب أو دابة أو حيوان، أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي، أو على حنطة أو شعير أو زيت، أو على ما اكتسبه في العام، لم يصح؛ لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط، فيتعذر تسليمه. وفي الأول يصح؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «العلائق ما تراضى عليه الأهلون» .

وهذا قد تراضوا عليه، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال، فثبت مطلقا كالدية، ولأن جهالة التسمية ها هنا أقل من جهالة مهر المثل، لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها، ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح، فهاهنا مع قلة الجهل فيه أولى ويفارق البيع؛ فإنه لا يحتمل فيه الجهالة بحال، وقال مالك: يصح مجهولا؛ لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره وقال أبو الخطاب: إن تزوجها على عبد من عبيده، أو قميص من قمصانه، أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح، لأن؛ أحمد قال في رواية مهنا، في من تزوج على عبد من عبيده: جائز، فإن كانوا عشرة عبيد، تعطى من أوسطهم، فإن تشاحا أقرع بينهم. قلت: وتستقيم القرعة في هذا؟ قال: نعم. ووجهه أن الجهالة ها هنا يسيرة، ويمكن التعيين بالقرعة، بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا، فإن الجهالة تكثر، فلا يصح.

ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة، فلم يصح مجهولا، كعوض البيع والإجارة، ولأن المجهول لا يصلح عوضا في البيع، فلم تصح تسميته كالمحرم، وكما لو زادت جهالته على مهر المثل، وأما الخبر، فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا، بدليل سائر ما لا يصلح، وأما الدية، فإنها تثبت بالشرع، لا بالعقد، وهي خارجة عن القياس في تقديرها، ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه، مقدر بقيمته، فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين؟ ثم ليست عقدا، وإنما الواجب بدل متلف، لا يعتبر فيه التراضي، فهو كقيم المتلفات، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى، أصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأما مهر المثل، فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة، كما تجب قيم المتلفات، وإن كانت تحتاج إلى نظر، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية، ولا نصير إلى عبد مطلق، ولو با ع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري، فإنا نصير إلى تقويمه، ولا نوجب العبد المطلق، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر

المثل، فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب، فيكون إذا معلوما، والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه، لكثرة أنواع". (١)

٢١٦. ٢١٦-"وإن قال الزوج: أنا أعطيكها مع ظروفها. فقال القاضي: يلزمها قبولها؛ لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها. ويحتمل أن لا يلزمها قبولها؛ لأن الظروف عين ماله، فلا يلزمها قبولها، كالمنفصلة عنها. (٥٦٥١) فصل: فإن كانت بحالها، إلا أن الصقر المتروك على الثمرة ملك الزوج، فإنه ينزع الصقر، ويرد الثمرة، والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص، كالتي قبلها.

وإن قال: أنا أسلمها مع الصقر والظروف. فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما. وفي الموضع الذي حكمنا أن له رده، إذا قالت: أنا أرد الثمرة، وآخذ الأصل. فلها ذلك في أحد الوجهين. والآخر، ليس لها ذلك. مبنيان على تفريق الصفقة في البيع، وقد ذكرناها في موضعها.

[فصل كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه]

(٥٦٥٢) فصل: إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج، عالما بزوال ملكه، وتحريم الوطء عليه، فعليه الحد؛ لأنه وطء في غير ملكه، وعليه المهر لسيدتها، أكرهها أو طاوعته؛ لأن المهر لمولاتها، فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها، كما لو بذلت يدها للقطع، والولد رقيق للمرأة.

وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها، كما حكي عن مالك، أو كان غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه، فلا حد عليه للشبهة، وعليه المهر، والولد حر لا حق نسبه به، وعليه قيمته يوم ولادته، ولا تصير أم ولد له، وإن ملكها بعد ذلك، لأنه لا ملك فيها، وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها، وبين أخذ قيمتها؛ لأنه نقصها بإحبالها، وهل لها الأرش مع ذلك؟ يحتمل أن لها الأرش؛ لأنها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك.

وقال بعض أصحاب الشافعي في الأرش هاهنا قولان. وقال بعضهم: ينبغي أن يكون لها المطالبة بالأرش، قولا واحدا؛ لأن النقص حصل بفعله الذي تعدى به، فهو كالغاصب، وكما لو طالبته فمنع تسليمها. وهذا **أصح**.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢١/٧

[فصل أصدق ذمي ذميه خمرا فتخللت في يدها]

(٥٦٥٣) فصل: إذا أصدق ذمي ذميه خمرا، فتخللت في يدها، ثم طلقها قبل الدخول، احتمل أن لا يرجع عليها بشيء؛ لأنها قد زادت في يدها بالتخلل، والزيادة لها، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل، فلا قيمة لها، وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض، وحينئذ لا قيمة لها، وإن تخللت في يد الزوج، ثم طلقها، فلها؛ لأن الزيادة لها. ويحتمل أن يكون الخل له، وعليه نصف مهر مثلها، إذا ترافعا إلينا قبل القبض، أو أسلما، أو أحدهما.". (١)

٢١٧. ٢١٧-"لو كانت منفردة. وقد ثبت أن «سودة وهبت يومها لعائشة، فكان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقسم لعائشة يومها ويوم سودة.» متفق عليه.

ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه، فإن سودة وهبت يومها في جميع زمانها. وروى ابن ماجه، عن عائشة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وجد على صفية بنت حيي في شيء، فقالت صفية لعائشة: هل لك أن ترضي عني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولك يومي؟ فأخذت خمارا مصبوغا بزعفران، فرشته ليفوح ريحه، ثم اختمرت به، وقعدت إلى جنب النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال رسول الله: إليك يا عائشة، إنه ليس يومك. قالت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء. فأخبرته بالأمر، فرضي عنها.» فإذا ثبت هذا، فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها، صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة.

وإن وهبتها للزوج، فله جعله لمن شاء؛ لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك، إن شاء جعله للجميع، وإن شاء خص بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض. وإن وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة، جاز. ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة، وإلى بينهما، وإن كانت لا تليها، لم يجز له الموالاة بينهما، إلا برضى الباقيات، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة؛ ولأن الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها، فلم يجز تغييرها عن موضعها، كما لو كانت باقية للواهبة، ولأن في ذلك تأخير حق غيرها، وتغييرا لليلتها بغير رضاها، فلم يجز. وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج، فآثر بها امرأة منهن بعينها.

وفيه وجه آخر، إنه يجوز الموالاة بين الليلتين؛ لعدم الفائدة في التفريق. والأول **أصح**، وقد ذكرنا فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٧٠

فائدة، فلا يجوز اطراحها. ومتى رجعت الواهبة في ليلتها، فلها ذلك في المستقبل؛ لأنها هبة لم تقبض، وليس لها الرجوع فيما مضى؛ لأنه بمنزلة المقبوض. ولو رجعت في بعض الليل، كان على الزوج أن ينتقل إليها، فإن لم يعلم حتى أتم الليلة، لم يقض لها شيئا؛ لأن التفريط منها.

(٥٧٢٩) فصل: فإن بذلت ليلتها بمال، لم يصح؛ لأن حقها في كون الزوج عندها، وليس ذلك بمال، فلا يجوز مقابلته بمال، فإذا أخذت عليه مالا، لزمها رده، وعليه أن يقضي لها، لأنها تركته بشرط العوض، ولم يسلم لها، وإن كان عوضها غير المال، مثل إرضاء زوجها، أو غيره عنها، جاز؛ فإن عائشة أرضت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن صفية، وأخذت يومها، وأخبرت بذلك رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلم ينكره.". (١)

٢١٨. ٢١٨-"[فصل أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت]

(٥٧٥٣) فصل: فإن أتت بفاحشة، فعضلها لتفتدي نفسها منه، ففعلت، صح الخلع؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ١٩] والاستثناء من النهي إباحة، ولأنها متى زنت، لم يأمن أن تلحق به ولدا من غيره، وتفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله في حقه، فتدخل في قول الله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر: لا يصح؛ لأنه عوض أكرهت عليه، أشبه ما لو لم تزن. والنص أولى.

[فصل خالع زوجته أو بارأها بعوض]

(٥٧٥٤) فصل: إذا خالع زوجته، أو بارأها بعوض، فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق، فإن كان قبل الدخول، فلها نصف المهر، وإن كانت قبضته كله، ردت نصفه، وإن كانت مفوضة، فلها المتعة. وهذا قول عطاء، والنخعي، والزهري، والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر. وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية، فعنه فيها روايتان، ولا تسقط النفقة في المستقبل؛ لأنها ما وجبت بعد.

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع، إذا كان بلفظ الطلاق، فلا يسقط بلفظ الخلع، والمبارأة، كسائر

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٢/٧

الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا، ولأن نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع، فلم يسقط بالمبارأة، كنفقة العدة، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها: بارأتك. لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه، لا براءته من حقوقها.

[مسألة الخلع فسخ]

(٥٧٥٥) مسألة؛ قال: (والخلع فسخ، في إحدى الروايتين، والأخرى أنه تطليقة بائنة) . اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع؛ ففي إحدى الروايتين أنه فسخ. وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي والرواية الثانية، أنه طلقة بائنة. روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة، وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح، ومالك والأوزاعي وأصحابالرأي.

وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم، وقال: ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ. واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو". (١)

٢١٩. ٢١٩-"توجد من المرأة رغبة عن زوجها، وحاجة إلى فراقه، فتسأله فراقها، فإذا أجابها، حصل المقصود من الخلع، فصح، كما لو كان بعوض قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أن الخلع ما كان من قبل النساء، فإذا كان من قبل الرجال، فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة، ولا يكون فسخا.

والرواية الثانية، لا يكون خلع إلا بعوض. روى عنه مهنا، إذا قال لها: اخلعي نفسك. فقالت: خلعت نفسي. لم يكن خلعا إلا على شيء، إلا أن يكون نوى الطلاق، فيكون ما نوى. فعلى هذه الرواية، لا يصح الخلع إلا بعوض، فإن تلفظ به بغير عوض، ونوى الطلاق، كان طلاقا رجعيا؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق. وإن لم ينو به الطلاق، لم يكن شيئا. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن الخلع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٨/٧

إن كان فسخا، فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لعيبها. وكذلك لو قال: فسخت النكاح. ولم ينو به الطلاق، لم يقع شيء، بخلاف ما إذا دخله العوض، فإنه يصير معاوضة، فلا يجتمع له العوض والمعوض.

وإن قلنا: الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا، وإنما هو كناية، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية، أو بذل العوض، فيقوم مقام النية، وما وجد واحد منهما. ثم إن وقع الطلاق، فإذا لم يكن بعوض، لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث.

[فصل قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل]

(٥٧٧٠) فصل: إذا قالت: بعني عبدك هذا وطلقني بألف. ففعل، صح، وكان بيعا وخلعا بعوض واحد؛ لأنهما عقدان، يصح إفراد كل واحد منهما بعوض، فصح جمعهما، كبيع ثوبين. وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف، أنه يصح، وهو نظير لهذا. وذكر أصحابنا فيه وجها آخر، أنه لا يصح؛ لأن أحكام العقدين تختلف. والأول **أصح**؛ لما ذكرنا وللشافعي فيه قولان أيضا. فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى وقيمة العبد، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى، وعوض العبد ما يخص قيمته، حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك، وإن وجدته حرا أو مغصوبا، رجعت به؛ لأنه عوضه. فإن كان مكان العبد شقص مشفوع، ففيه الشفعة، ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف؛ لأنها عوضه.

[فصل خالعها على نصف دار]

(٥٧٧١) فصل: وإن خالعها على نصف دار، صح، ولا شفعة فيه لأنه عوض عما لا قيمة له، ويتخرج أن فيه شفعة، لأن له عوضا. وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر، على وجهين: فأما إن خالعها، ودفع إليها ألفا بنصف دارها، صح، ولا شفعة أيضا. وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة فيما قابل الألف؛ لأنه عوض مال ولنا، أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج، والبضع لا يتقوم في حق غيره، ولأن الزوج". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٨

٢٢٠. ٢٢٠-"فإذا ثبت هذا، فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما، في الصحيح من الذهب. وهو قول ابن حامد، ومذهب أهل الرأي. وأحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها. وعلى قول أبي بكر من أصحابنا ، يكون ذلك عليهما نصفين. وأصل هذا في النكاح إذا تزوج اثنتين بصداق واحد. وقد ذكرناه في موضعه. فإن كانت إحداهما رشيدة، والأخرى محجورا عليها لسفه، فقالتا: قد شئنا. وقع الطلاق عليهما، ووجب على الرشيدة قسطها من العوض، ووقع طلاقها بائنا، ولا شيء على المحجور عليها، ويكون طلاقها رجعيا؛ لأن لها مشيئة، ولكن الحجر مع صحة تصرفها ونفوذه، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح، وفيما تأكله.

وكذلك إن كانت غير بالغة، إلا أنها مميزة، فإن لها مشيئة صحيحة، ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا. وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة، لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق. وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق، فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض، وهو قسط مهرها من العوض، في أحد الوجهين، وفي الآخر نصفه. وإن قالت له امرأتاه: طلقنا بألف بيننا نصفين. فطلقهما، فعلى كل واحدة منهما نصفه، وجها واحدا. وإن طلق إحداهما وحدها، فعليها نصف الألف. وإن قالتا: طلقنا بألف. فطلقهما، فالألف عليهما على قدر صداقيهما، في **أصح** الوجهين. وإن طلق إحداهما، فعليها حصتها منه. وإن كانت إحداهما غير رشيدة، فطلقهما، فعلى الرشيدة حصتها من الألف، يقع طلاقها بائنا، وتطلق الأخرى طلاقا رجعيا، ولا شيء عليها.

[فصل الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة]

(٥٨٠١) فصل: ويصح الخلع مع الأجنبي، بغير إذن المرأة، مثل أن يقول الأجنبي للزوج: طلق امرأتك بألف علي. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو ثور: لا يصح؛ لأنه سفه، فإنه يبذل عوضا في مقابلة ما لا منفعة له فيه، فإن الملك لا يحصل له، فأشبه ما لو قال: بع عبدك لزيد بألف علي. ولنا، أنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح، كما لو قال: أعتق عبدك، وعلي ثمنه. ولأنه لو قال: ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه. صح، لزمه ذلك، مع أنه لا يسقط حقا عن أحد، فهاهنا أولى؛ ولأنه حق على المرأة، يجوز أن يسقط عنها بعوض، فجاز لغيرها، كالدين. وفارق البيع، فإنه تمليك، فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك. وإن قال: طلق امرأتك بمهرها، وأنا ضامن له. صح. يرجع

عليه بمهرها.". (١)

٢٢١. ٢٢١-"لأنه لا يدعيه، فإن اتفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو جنسه، أو حلوله، أو تأجيله، أو صفته، فالقول قول المرأة. حكاه أبو بكر نصا عن أحمد. وهو قول مالك، وأبي حنيفة وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد، أن القول قول الزوج؛ لأن البضع يخرج من ملكه، فكان القول قوله في عوضه، كالسيد مع مكاتبته.

وقال الشافعي: يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد، فيتحالفان فيه، كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن. ولنا، أنه أحد نوعي الخلع، فكان القول قول المرأة، كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره، ولأن المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة، فكان القول قولها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «اليمين على المدعى عليه» . وأما التحالف في البيع، فيحتاج إليه لفسخ العقد، والخلع في نفسه فسخ، فلا يفسخ.

وإن قال: خالعتك بألف. فقالت: إنما خالعك غيري بألف في ذمته. بانت، والقول قولها في نفي العوض عنها؛ لأنها منكرة له. وإن قالت: نعم، ولكن ضمنها لك أبي أو غيره. لزمها الألف، لإقرارها به، والضمان لا يبرئ ذمتها وكذلك إن قالت: خالعتك على ألف يزنه لك أبي. لأنها اعترفت بالألف وادعت على أبيها دعوى، فقبل قولها على نفسها دون غيرها. وإن قال: سألتني طلقة بألف فقالت: بل سألتك ثلاثا بألف، فطلقتني واحدة. بانت بإقرار، والقول قولها في سقوط العوض. وعند أكثر الفقهاء، يلزمها ثلث الألف. بناء على أصلهم فيما إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف. فطلقها واحدة، أنه يلزمها ثلث الألف، وإن خالعها على ألف، فادعى أنها دنانير، وقالت: بل هي دراهم. فالقول قولها؛ لما ذكرنا في أول الفصل. ولو قال أحدهما: كانت دراهم قراضية. وقال الآخر: مطلقة. فالقول قولها، إلا على الرواية التي حكاها القاضي، فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين. وإن اتفقا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد.

وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضية، لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه. وإن اختلفا في الإرادة، كان حكمها حكم المطلقة، يرجع إلى غالب نقد البلد. وقال القاضي: إذا اختلفا في الإرادة، وجب المهر المسمى في العقد؛ لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا، فيجب المسمى في النكاح. والأول أصح؛

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٣

لأنهما لو أطلقا، لصحت التسمية، ووجب الألف من غالب نقد البلد، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض، فكذلك إذا اختلفا، ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل، كعبد مطلق وبعير وفرس، والجهالة ها هنا أقل، فالصحة أولى.". (١)

٢٢٢. ٢٢٢-"[مسألة طلاق السكران]

(٥٨٣٩) مسألة؛ قال: (وعن أبي عبد الله رحمه الله، في السكران روايات؛ رواية يقع الطلاق. ورواية لا يقع. ورواية يتوقف عن الجواب، ويقول: قد اختلف فيه أصحاب رسول الله) - صلى الله عليه وسلم - أما التوقف عن الجواب، فليس بقول في المسألة، إنما هو ترك للقول فيها، وتوقف عنها، لتعارض الأدلة فيها، وإشكال دليلها. ويبقى في المسألة روايتان: إحداهما، يقع طلاقه. اختارها أبو بكر الخلال، والقاضي. وهو مذهب سعيد بن المسيب، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وميمون بن مهران، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة، وأبي حنيفة، وصاحبيه، وسليمان بن حرب؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه» .

ومثل هذا عن علي، ومعاوية، وابن عباس، قال ابن عباس: طلاق السكران جائز، إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك، ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف؛ بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي، قال: أرسلني خالد إلى عمر، فأتيته في المسجد، ومعه عثمان، وعلي، وعبد الرحمن وطلحة، والزبير، فقلت: إن خالدا يقول: إن الناس انهمكوا في الخمر، وتحاقروا العقوبة. فقال عمر: هؤلاء عندك فسلهم. فقال علي: نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون. فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال. فجعلوه كالصاحي، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه، فوجب أن يقع، كطلاق الصاحي، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل، ويقطع بالسرقة، وبهذا فارق المجنون.

والرواية الثانية، لا يقع طلاقه. اختارها أبو بكر عبد العزيز. وهو قول عثمان - رضي الله عنه -. ومذهب عمر بن عبد العزيز، والقاسم، وطاوس، وربيعة، ويحيى الأنصاري، والليث، والعنبري، وإسحاق، وأبي ثور، والمزني. قال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان، ولا نعلم أحدا من الصحابة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٦٠

خالفه. وقال أحمد: حديث عثمان أرفع شيء فيه، وهو أصح. يعني من حديث علي، وحديث الأعمش، منصور لا يرفعه إلى علي. ولأنه زائل العقل، أشبه المجنون، والنائم، ولأنه مفقود الإرادة، أشبه المكره، ولأن العقل شرط للتكليف؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه، ولا فرق بين زوال الشرط". (١)

٢٢٣. ٢٢٣-"سبحانه ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وقول ابن حامد أصح؛ فإن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره، إلا احتمالا بعيدا، ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيرا، قال الله تعالى ﴿واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقال ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ [البينة: ٤] فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق، على أن قوله ﴿أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] لم يرد به الطلاق، وإنما هو ترك ارتجاعها، وكذلك قوله ﴿أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]

ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق، فإنه مختص بذلك، سابق إلى الأفهام من غير قرينة ولا دلالة، بخلاف الفراق والسراح. فعلى كلا القولين، إذا قال: طلقتك، أو أنت طالق، أو مطلقة. وقع الطلاق من غير نية. وإن قال: فارقتك. أو: أنت مفارقة، أو سرحتك، أو أنت مسرحة. فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية، ومن لم يره صريحا لم يوقعه به، إلا أن ينويه.

فإن قال: أردت بقولي: فارقتك أي بجسمي، أو بقلبي أو بمذهبي، أو سرحتك من يدي، أو شغلي، أو من حبسي، أو أي سرحت شعرك. قبل قوله. وإن قال: أردت بقولي: أنت طالق أي: من وثاقي. أو قال: أردت أن أقول: طلبتك. فسبق لساني، فقلت: طلقتك. ونحو ذلك، دين فيما بينه وبين الله تعالى، فمتى علم من نفسه ذلك، لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه. قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقيني ماء. فسبق لسانه فقال: أنت طالق، أو أنت حرة. أنه لا طلاق فيه. ونقل ابن منصور عنه، أنه سئل عن رجل حلف، فجرى على لسانه غير ما في قلبه، فقال: أرجو أن يكون الأمر فيه واسعا.

وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر؛ فإن كان في حال الغضب، أو سؤالها الطلاق، لم يقبل في الحكم؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٧٩

لأن لفظه ظاهر في الطلاق، وقرينة حاله تدل عليه، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد، في رواية ابن منصور، وأبي الحارث، أنه يقبل قوله. وهو قول جابر بن زيد، والشعبي، والحكم، حكاه عنهم أبو حفص؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد، فقيل: كما لو قال؛ أنت طالق، أنت طالق. وقال: أردت بالثانية إفهامها. وقال القاضي: فيه روايتان، هذه التي ذكرنا، قال: وهي ظاهر كلام أحمد. والثانية، لا يقبل. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف، فلم يقبل في الحكم، كما لو أقر بعشرة، ثم قال: زيوفا، أو صغارا، أو إلى شهر.

فأما إن صرح بذلك في اللفظ، فقال: طلقتك". (١)

٢٢٤. ٢٢٤-"من الكثير، وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة. فإذا قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة. وقع اثنتان. وإن قال: إلا اثنتين. وقع ثلاث. وإن قال: طلقتين إلا طلقة. ففيه وجهان؛ أحدهما، يقع طلقة. والثاني، طلقتان؛ بناء على استثناء النصف، هل يصح أو لا؟ على وجهين. وإن قال: أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث. بغير خلاف؛ لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه، فلا يصح أن يرفع جميعه.

وإن قال: أنت طالق خمسا إلا ثلاثا. وقع ثلاث؛ لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس، فقد استثنى الأكثر، وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها، فقد رفع جميعها. وكلاهما لا يصح. وإن قال: خمسا إلا طلقة. ففيه وجهان؛ أحدهما، يقع ثلاث؛ لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى، فكأنه قال: أنت طالق أربعا. والثاني، يقع اثنتان.

ذكره القاضي؛ لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات، وهي الثلاث، وما زاد عليها يلغو، وقد استثنى واحدة من الثلاث، فيصح، ويقع طلقتان. وإن قال: أنت طالق أربعا إلا اثنتين، فعلى الوجه الأول، يصح الاستثناء، ويقع اثنتان، وعلى قول القاضي، ينبغي أن لا يصح الاستثناء، ويقع ثلاث؛ لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث، فيكون استثناء الأكثر.

[فصل قال أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٦/٧

(٥٩٠٨) فصل: فإن قال: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح الاستثناء؛ لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها، فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا، وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل، كاستثناء الجميع، ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغائه مع إلغاء غيره، ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين، فيكون استثناء للجميع. والوجه الثاني، يصح الاستثناء، ويقع طلقتان؛ لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة، فيصير مستثنيا لواحدة من ثلاث، ولذلك لو قال له: علي مائة وعشرون درهما إلا خمسين. صح. والأول أصح، وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي.

وإن قال: أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة. فعلى الوجه الثاني، يصح الاستثناء، وعلى الوجه الأول، يخرج في صحته وجهان؛ بناء على استثناء النصف. وإن قال: أنت طالق، وطالق، إلا". (١)

٢٢٥. ٢٢٥-"فإنهم سلموه. وقد احتج أحمد بقول أبي ذر: إن لي إبلا يرعاها عبد لي، وهو عتيق إلى الحول. ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد، فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق إذا قدم الحاج. وليس هذا توقيتا للنكاح، وإنما هو توقيت للطلاق. وهذا لا يمنع، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط، والطلاق يجوز فيه التعليق.

[فصل قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة]

فصل: ولو قال: أنت طالق إلى شهر كذا، أو سنة كذا. فهو كما لو قال: في شهر كذا أو سنة كذا. ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقع في الحال؛ لأن قوله: أنت طالق. إيقاع في الحال، وقوله: إلى شهر كذا. تأقيت له غاية، وهو لا يقبل التأقيت، فبطل التأقيت، ووقع الطلاق. ولنا، قول ابن عباس وقول أبي ذر، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتا لإيقاعه، كقول الرجل: أنا خارج إلى سنة. أي بعد سنة. وإذا احتمل الأمرين، لم يقع الطلاق بالشك. وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين؛ أحدهما، أنه جعل للطلاق غاية، ولا غاية لآخره، وإنما الغاية لأوله. والثاني، أن ما ذكرناه عمل باليقين، وما ذكروه أخذ بالشك.

فإن قال: أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا. وقع في الحال؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٢٠

ولفظه يحتمله. وإن قال: أنت طالق من اليوم إلى سنة. طلقت في الحال؛ لأن من لابتداء الغاية، فيقتضي أن طلاقها من اليوم. فإن قال: أردت أن عقد الصفة من اليوم، ووقوعه بعد سنة. لم يقع إلا بعدها. وإن قال: أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة، طلقت من ساعتها ثلاثا، إذا كانت مدخولا بها. قال أحمد: إذا قال لها: أنت طالق من اليوم إلى سنة. يريد التوكيد، وكثرة الطلاق، فتلك طالق من ساعتها.

[فصل قال أنت طالق في آخر أول الشهر]

(٥٩١٥) فصل: إذا قال: أنت طالق في آخر أول الشهر. طلقت في آخر أول يوم منه، لأنه أوله، وإن قال: في أول آخره، طلقت في أول آخر يوم منه؛ لأنه آخره. وقال أبو بكر في الأولى: تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه. وفي الثانية: تطلق بدخول أول ليلة السادس عشر منه؛ لأن الشهر نصفان، أول، وآخر، فآخر أوله يلي أول آخره. وهذا قول أبي العباس بن سريج. وقال أكثرهم كقولنا، وهو **أصح**؛ فإن". (١)

٢٢٦. ٢٢٦-"ولنا، أن الله تعالى قال: ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة: ٢٢٢] . أي: ينقطع دمهن، ﴿فإذا تطهرن﴾ [البقرة: ٢٢٢] . أي: اغتسلن. ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام، وإنما بقي بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل، ولأنها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهرا؛ لأنهما ضدان على التعيين، فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر.

[فصل قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة]

(٥٩٦٠) فصل: فإن قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، وإذا حضت حيضتين فأنت طالق. فحاضت حيضة، طلقت واحدة، فإذا حاضت الثانية، طلقت الثانية عند طهرها منها. وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق. لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة؛ لأن ثم للترتيب، فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الأولى، لكونهما مرتبتين عليها.

[فصل قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٤/٧

(٥٩٦١) فصل: فإن قال: إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق. طلقت إذا ذهب نصف الحيضة، وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها، لأن الأحكام تعلقت بالعادة، فيتعلق بها وقوع الطلاق. ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف؛ لأننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك، إلا أن تطهر لأقل من ذلك، ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة. وقيل: يلغو قوله: نصف حيضة. ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض. والأول **أصح**؛ فإن الحيض له مدة، أقلها يوم وليلة، وله نصف حقيقة، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده، وتعلق الحكم به، كالحمل.

[فصل قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان]

(٥٩٦٢) فصل: وإن قال لامرأتيه: إذا حضتما حيضة واحدة، فأنتما طالقتان. لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة، ويكون التقدير: إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة، فأنتما طالقتان. كقول الله تعالى: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . أي: اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضة؛ لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما، وجبت إضافته إلى إحداهما، كقوله تعالى ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمن: ٢٢] . وإنما يخرج من أحدهما. وقال القاضي: يلغو قوله: حيضة". (١)

٢٢٧. ٢٢٧-"[فصل قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة]

(٦٠٠٧) فصل: وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. فكذلك، ذكره القاضي. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا يقع بغير المدخول بها شيء، بناء على قولهم في المسألة السريجية. وقال أبو بكر: يقع طلقتان. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة، فوقعت معها، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا، وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه، وهو معها، ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها؛ لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه، وهو زمن قريب، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب.

ولنا، أن هذا طلاق بعضه قبل بعض، فلم يقع بغير المدخول بها جميعه، كما لو قال: طلقة بعد طلقة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٤/٧

ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما، كما لو قال: طلقة بعد طلقة. أو قال: أنت طالق طلقة غدا، وطلقة اليوم. ولو قال: جاء زيد بعد عمرو. أو: جاء زيد وقبله عمرو. أو: أعط زيدا بعد عمرو. وكان كلاما صحيحا، يفيد تأخير المتقدم لفظا، عن المذكور بعده، وليس هذا طلاقا في زمن ماض، وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه، ولو قدر أن إحداهما موقعة في زمن ماض، لامتنع وقوعها وحدها، ووقعت الأخرى وحدها، وهذا تعليل القاضي، لكونه لا يقع إلا واحدة، والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى.

[فصل قال أنت طالق طلقة معها طلقة]

(٦٠٠٨) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة معها طلقة. وقع بها طلقتان. وإن قال: معها اثنتان. وقع بها ثلاث، في قياس المذهب. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو يوسف: يقع طلقة؛ لأن الطلقة إذا وقعت مفردة، لم يمكن أن يكون معها شيء. ولنا، أنه أوقع ثلاث طلقات، بلفظ يقتضي وقوعهن معا، فوقعن كلهن، كما لو قال: أنت طالق ثلاثا. ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة، فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به، إذ لو وقع بذلك، لما صح تعليقه بشرط، ولا صح وصفه بالثلاث، ولا بغيرها، وكذلك الحكم لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة. ثم قال: أنت طالق. فإنها تطلق طلقتين؛ لما ذكرنا.

[فصل قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أني أوقع بعدها طلقة]

فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة بعدها طلقة. ثم قال: أردت أني أوقع بعدها طلقة. دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. وقال: أردت أني طلقتها قبل هذا في". (١)

٢٢٨. ٢٢٨-"وذلك يصلح بيانا، كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» . وأشار بيديه مرة ثلاثين، ومرة تسعا وعشرين. وإن قال: أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين قبل منه؛ لأنه يحتمل ما يدعيه الموضع الثاني، إذا كتب الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٩

الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم، وأبو حنيفة، ومالك وهو المنصوص عن الشافعي

وذكر بعض أصحابه، أن له قولا آخر، أنه لا يقع به طلاق، وإن نواه؛ لأنه فعل من قادر على النطق، فلم يقع به الطلاق، كالإشارة ولنا أن الكتابة حروف، يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها، ونواه، وقع كاللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب؛ بدلالة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان مأمورا بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق؛ فأما إن كان كتب ذلك من غير نية، فقال أبو الخطاب: قد خرجها القاضي الشريف في " الإرشاد " على روايتين؛ إحداهما، يقع وهو قول الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم؛ لما ذكرنا والثانية: لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة، ومالك، ومنصوص الشافعي؛ لأن الكتابة محتملة، فإنه يقصد بها تجربة القلم، وتجويد الخط، وغم الأهل، من غير نية، ككنايات الطلاق

فإن نوى بذلك تجويد خطه، أو تجربة قلمه، لم يقع؛ لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع، لم يقع، فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل أيضا في الحكم في أصح الوجهين؛ لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح، في أحد الوجهين؛ فهاهنا مع أنه ليس بلفظ أولى وإن قال: نويت غم أهلي فقد قال، في رواية أبي طالب، في من كتب طلاق زوجته، ونوى الطلاق: وقع، وإن أراد أن يغم أهله، فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤاخذ به؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به» فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق؛ لأن غم أهله يحصل بالطلاق، فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه، كما لو قال: أنت طالق يريد به غمها ويحتمل". (١)

٢٢٩. ٢٢٩-"قبل الغد ورثنه كلهن، وإن ماتت إحداهن ورثها؛ لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق، فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء، فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله: أنت طالق غدا وقال القاضي: قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية: إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٦/٧

والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلا للطلاق، وإرادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى، وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقا فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق، وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر، فإن وقعت على المبيع لم يعتق منهم شيء.

وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن له تعيين العتق عندهم بقوله: فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين، فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسرا، وإن كان معسرا لم يعتق إلا نصفه.

[فصل قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة]

(٦٠٤٤) فصل: وإذا قال: امرأتي طالق وأمتي حرة، وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها، وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن، وإن لم ينو شيئا؛ فقال أبو الخطاب: يطلق نساؤه كلهن، ويعتق إماؤه؛ لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى: ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾ [النحل: ١٨] و ﴿أحل لكم ليلة الصيام﴾ [البقرة: ١٨٧] ولأن ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة: يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ما لو قال: إحداكن طالق وإحداكن حرة؛ لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازا والكلام لحقيقته ما لم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة؛ لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه، وهذا أصح والله أعلم.

[مسألة طلق واحدة من نسائه وأنسيها]

(٦٠٤٥) مسألة؛ قال: (وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة) أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات وقد

روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل هاهنا". (١)

٢٣٠. ٢٣٠-"غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع إليه واحدة منهما؛ إلا أن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله: وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها

(٦٠٤٧) فصل: فإن قال: هذه المطلقة قبل منه، وإن قال: هذه المطلقة بل هذه طلقتا؛ لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال: هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن، وإن قال: هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الأوليين وإن قال: طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الآخرتين، وإن قال: أنت طالق وهذه أو هذه فقال القاضي: هي كذلك، وذكر أنه قول الكسائي، وقال محمد بن الحسن: تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة، وجه الأول أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما

ولو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة، وكان الشك في الأوليين ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع؛ لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال: طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان، فإن قال: هي الثالثة طلقت وحدها، وإن قال: لم أطلقها طلقت الأوليان، وإن لم يبين أقرع بين الأوليين والثالثة قال القاضي في " المجرد ": وهذا أصح، وإن قال: طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان فإن قال: هي الأولى طلقت وحدها

وإن قال: ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال: طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين، فإن وطئ لم يكن تعيينا وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الأخرى؛ لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وإن قال: طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الأوليان أم الآخرتان كما لو قال: طلقت هاتين أو هاتين، فإن قال: هما الأوليان تعين الطلاق فيهما، وإن قال: لم أطلق الأوليين تعين الآخرتان

وإن قال: إنما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث، ومتى فسر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩٧/٧

كلامه بشيء محتمل قبل منه.". (١)

٢٣١. ٢٣١-"فساد نكاحه

ولنا قول الله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] ، وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسدا لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان، والظهار، والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله تعالى: ﴿يحلونه عاما ويحرمونه عاما﴾ [التوبة: ٣٧] ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة الشرط الثالث؛ أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - علق الحل على ذوق العسيلة منهما ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له؛ لأن الحكم يتعلق بذواق العسيلة ولا تحصل من غير انتشار

وإن كان الذكر مقطوعا، فإن بقي منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا، فإن كان خصيا أو مسلولا أو موجوءا حلت بوطئه؛ لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي قال أبو بكر: وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها؛ فإن أبا طالب سأله في المرأة تتزوج الخصي تستحل به؟ قال: لا خصي يذوق العسيلة قال أبو بكر: والعمل على ما رواه مهنا أنها تحل ووجه الأول أن الخصي لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة

ويحتمل أن أحمد قال ذلك؛ لأن الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الإنزال فلا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار.

[فصل حلال نكاح ووطء المطلقة البائن]

(٦٠٧٢) فصل: واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا، فإن وطئها في حيض، أو نفاس، أو إحرام من أحدهما، أو منهما، أو وأحدهما صائم فرضا، لم تحل. وهذا قول مالك؛ لأنه وطء حرام لحق الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٠٠

تعالى فلم يحصل به الإحلال، كوطء المرتدة. وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] . وهذه قد نكحت زوجا غيره، وأيضا قوله «حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك» . وهذا قد وجد، ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام، فأحلها، كالوطء الحلال، وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة، أو وطئها مريضة يضرها الوطء. وهذا أصح إن شاء الله تعالى. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي.". (١)

٢٣٢. ٢٣٢-"شاك في التحليل ". وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا. وهو مذهب الشافعي. وحكي ذلك عن عطاء، ومالك. وقال القاضي: ظاهر المذهب أنها مباحة. قال أحمد، في رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه.

وفي رواية أبي الحارث: تتشرف له ما كانت في العدة. فظاهر هذا أنها مباحة، وله أن يسافر بها، ويخلو بها، ويطأها. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنها في حكم الزوجات، فأبيحت له كما قبل الطلاق. ووجه الأولى، أنها طلقة واقعة، فأثبتت التحريم، كالتي بعوض. ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء. ولا ينبغي أن يلزمه مهر، سواء راجع أو لم يراجع؛ لأنه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه، فلم يكن عليه مهر، كسائر الزوجات.

ويفارق ما لو وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة؛ حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة؛ لأنه إذا لم يسلم، تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما، وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه، فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة، فافترقا. وقال أبو الخطاب: إذا أكرهها على الوطء، وجب عليه المهر عند من حرمها. وهو المنصوص عن الشافعي؛ لأنه وطء حرمه الطلاق، فوجب به المهر، كوطء البائن. والفرق ظاهر؛ فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد.

[مسألة للعبد في الطلاق بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث]

(٦٠٧٩) مسألة قال: (وللعبد بعد الواحدة، ما للحر قبل الثلاث) أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة، إذا وجدت شروطها. فإن طلقها ثانية، فلا رجعة له، سواء كانت امرأته

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٧/٧

حرة، أو أمة؛ لأن طلاق العبد اثنتان، وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى.

[مسألة كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما]

(٦٠٨٠) مسألة قال: (ولو كانت حاملا باثنين، فوضعت أحدهما، فله مراجعتها، ما لم تضع الثاني) هذا قول عامة العلماء، إلا أنه حكي عن عكرمة، أن العدة تنقضي بوضع الأول. وما عليه سائر أهل العلم أصح؛ فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله؛ لقول الله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] واسم الحمل متناول لكل ما في البطن، فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل، فتبقى الرجعة ببقائها.

ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل، لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر، ولا قائل به. وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة: تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين. فقال له قتادة: أيحل لها بأن تتزوج؟ . قال: لا قال: خصم العبد. ولو خرج بعض الولد، فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح؛ لأنها لم تضع جميع حملها، فصارت كمن ولدت أحد الولدين.". (١)

٢٣٣. ٢٣٣-"أولهما، أنه له رجعتها؛ لأنها لم تقض عدته، فحكم نكاحه باق، يلحقها طلاقه وظهاره، وإنما انقطعت عدته لعارض، فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه، فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية، ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته، فملكه قبل ذلك، كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها. والوجه الثاني، ليس له رجعتها؛ لأنها ليست في عدته، فإذا وضعت الحمل، انقضت عدة الثاني، وبنت على ما مضى من عدة الأول، وله ارتجاعها حينئذ وجها واحدا، ولو كانت في نفاسها؛ لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول، وإن لم تحتسب به، فكان له الرجعة فيه، كما لو طلق حائضا، فإن له رجعتها في حيضها، وإن كانت لا تعتد بها

وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما، فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني، إذا راجعها في هذا الحمل، ثم بان أنه من الثاني، لم يصح؛ وإن بان من الأول، احتمل أن يصح؛ لأنه راجعها في عدتها منه، واحتمل أن لا يصح؛ لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة. والأول أصح؛ فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٠/٧

صلاة من يوم لا يعلم عينها، فصلى خمس صلوات، فإن كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها؟ ولو شك في الحدث، فتطهر ينوي رفع الحدث، صحت طهارته، وارتفع حدثه، فهنا أولى. فإن راجعها بعد الوضع، وبان أن الحمل من الثاني صحت رجعته، وإن بان من الأول، لم تصح الرجعة؛ لأن العدة انقضت بوضعه.

[مسألة المراجعة في الطلاق]

(٦٠٨٣) مسألة قال: (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين: اشهدا أني قد راجعت امرأتي. بلا ولي يحضره، ولا صداق يزيده. وقد روي عن أبي عبد الله - رحمه الله - رواية أخرى، أنه تجوز الرجعة بلا شهادة) وجملته أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي، ولا صداق، ولا رضى المرأة، ولا علمها. بإجماع أهل العلم؛ لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات، والرجعة إمساك لها، واستبقاء لنكاحها، ولهذا سمى الله - سبحانه وتعالى - الرجعة إمساكا، وتركها فراقا وسراحا، فقال: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] . وفي آية أخرى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] . وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله، فالرجعة تزيل شعثه، وتقطع مضيه، إلى البينونة، فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح.

فأما الشهادة ففيها روايتان؛ إحداهما، تجب. وهذا أحد قولي الشافعي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] . وظاهر الأمر الوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود، فوجبت الشهادة فيه، كالنكاح، وعكسه البيع.". (١)

٢٣٤. ٢٣٤-"وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ثان، أنها تستأنف العدة؛ لأنها طلقة واقعة في حق مدخول بها، فاقتضت عدة كاملة، كالأولى.

ولنا، أنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة، ولا خلوة، فلم يجب بهما أكثر من عدة، كما لو والى بينهما، أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها. وهكذا الحكم لو طلقها، ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما، أو لعتقها تحت عبد أو غيره، أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك؛ لأن الفسخ في معنى الطلاق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٢/٧

[فصل طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها]

(٦٠٩٧) فصل: وإن طلقها، ثم راجعها، ثم طلقها قبل دخوله بها، ففيه روايتان؛ إحداهما، تبني على ما مضى من العدة. نقلها الميموني. وهي اختيار أبي بكر، وقول عطاء، وأحد قولي الشافعي؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها، فكانت العدة من الأول منهما، كما لو لم يرتجعها، ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول، فلم يجب بالطلاق منها عدة، كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول. والثانية، تستأنف العدة. نقلها ابن منصور. وهي **أصح**. وهذا قول طاوس، وأبي قلابة، وعمرو بن دينار، وجابر، وسعيد بن عبد العزيز، وإسحاق، وأبي ثور، وأبي عبيد، وأصحابالرأي، وابن المنذر.

وقال الثوري: أجمع الفقهاء على هذا. وحكى أبو الخطاب، عن مالك، إن قصد الإضرار بها بنت، وإلا استأنفت؛ لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح بقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ [البقرة: ٢٢٨] . والذي قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح. ولنا أنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه، فأوجب عدة كاملة، كما لو لم يتقدمه طلاق؛ وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح، والرجعة لمت شعثه، وقطعت عمل الطلاق، فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه، فأوجب عدة كالأول، وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها، فإنها تستأنف عدة، كذا هاهنا.

ويفارق الطلاق قبل الرجعة. فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة. فإن راجعها ثم دخل بها، ثم طلقها، فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم؛ لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطئ.". (١)

٢٣٥. ٢٣٥-"في مدتها، وهذه ضربت تأخيرا له و تأجيلا، ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل، كالدين.

[فصل ابتداء مدة الإيلاء]

(٦١٣١) فصل: وابتداء المدة من حين اليمين، ولا يفتقر إلى ضرب مدة؛ لأنها ثبتت بالنص والإجماع،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٣١

فلم تفتقر إلى ضرب، كمدة العنة. ولا يطالب بالوطء فيها؛ لما ذكرنا، فإن وطئها فيها فقد عجل حقها قبل محله، وخرج من الإيلاء، كمن عليه دين دفعه قبل الأجل. وهكذا إن وطئ بعد المدة، قبل المطالبة أو بعدها، خرج من الإيلاء. وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة، أو يقظانة أو نائمة؛ لأنه فعل ما حلف عليه، فإن وطئها وهو مجنون، لم يحنث. ذكره ابن حامد. وهو قول الشعبي. وقال أبو بكر: يحنث، وعليه الكفارة؛ لأنه فعل ما حلف عليه.

والأول أصح؛ لأنه غير مكلف، والقلم عنه مرفوع، ويخرج بوطئه عن الإيلاء؛ لأنه قد وفاها حقها، وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه. ذكر هذا ابن حامد. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى موليا؛ فإنه قال: إذا وطئ بعد إفاقته، تجب عليه الكفارة؛ لأن وطأه الأول ما حنث به، وإذا بقيت يمينه، بقي الإيلاء، كما لو لم يطأ. وهذا قول المزني. وينبغي أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ؛ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه، ولا يطلق عليه؛ لانتفائها وهي موجودة، ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه. وقيل: تضرب له المدة إذا عقل؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه.

ومن قال بالأول قال: قد وفاها حقها، فلم يبق الإيلاء، كما لو حنث، ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين، كما لو حلف لا يطأ أجنبية، ثم تزوجها.

[فصل وطئ العاقل ناسيا ليمينه]

(٦١٣٢) فصل: وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه، فهل يحنث؟ على روايتين. فإن قلنا: يحنث. انحل إيلاؤه، وذهبت يمينه. وإن قلنا: لا يحنث. فهل ينحل إيلاؤه؟ على وجهين، قياسا على المجنون. وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه، ثم وجدها على فراشه، فظنها الأخرى، فوطئها؛ لأنه جاهل بها، والجاهل كالناسي في الحنث. وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته. وإن استدخلت ذكره وهو نائم، لم يحنث؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه، ولأن القلم مرفوع عنه. وهل يخرج من حكم الإيلاء؟ يحتمل وجهين: أحدهما، يخرج؛ لأن المرأة وصلت إلى حقها، فأشبه ما لو وطئ.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٥٥٤/٧

٢٣٦. ٢٣٦-"ولنا أنه أخر حقها لعجزه عنه، فإذا قدر عليه، لزمه أن يوفيها إياه، كالدين على المعسر إذا قدر عليه. وما ذكروه فليس بحقها، ولا يزول الضرر عنها به، وإنما وعدها بالوفاء، ولزمها الصبر عليه وإنظاره. كالغريم المعسر. (٦١٤٩) فصل: وليس على من فاء بلسانه كفارة، ولا حنث؛ لأنه لم يفعل المحلوف عليه، وإنما وعد بفعله، فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه، ثم أعسر به، فقال: متى قدرت وفيته.

[مسألة لم يطلق الزوج عند امتناعه عن الزوجة بعد الإيلاء]

(٦١٥٠) مسألة قال: (فإن لم يطلق، طلق الحاكم عليه) وجملة الأمر أن المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص، أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره، أمر بالطلاق. فإن طلق، وقع طلاقه الذي أوقعه، واحدة كانت أو أكثر. وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة؛ لأنه يحصل الوفاء بحقها بها؛ فإنها تفضي إلى البينونة، والتخلص من ضرره. وإن امتنع من الطلاق، طلق الحاكم عليه. وبهذا قال مالك. وعن أحمد، رواية أخرى، ليس للحاكم الطلاق عليه؛ لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين، لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، أو أختان. فعلى هذا يحبسه، ويضيق عليه، حتى يفيء، أو يطلق. وللشافعي قولان، كالروايتين.

ولنا، أن ما دخلته النيابة، وتعين مستحقه، وامتنع من هو عليه، قام الحاكم مقامه فيه، كقضاء الدين، وفارق الاختيار، فإنه ما تعين مستحقه. وهذا أصح في المذهب. وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك؛ لأنه حق لها، وإنما الحاكم يستوفي لها الحق، فلا يكون إلا عند طلبها.

[فصل الطلاق الواجب على المولي]

(٦١٥١) فصل: والطلاق الواجب على المولي رجعي، سواء أوقعه بنفسه، أو طلق الحاكم عليه. وبهذا قال الشافعي. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله في المولي: فإن طلقها. قال: تكون واحدة، وهو أحق بها. وعن أحمد، رواية أخرى، أن فرقة الحاكم تكون بائنا. ذكر أبو بكر الروايتين جميعا. وقال القاضي: المنصوص عن أحمد، في فرقة الحاكم، أنها تكون بائنا؛ فإن في رواية الأثرم: وقد سئل إذا طلق عليه السلطان، أتكون واحدة؟ فقال: إذا طلق فهي واحدة، وهو أحق بها، فأما تفريق السلطان، فليس فيه

رجعة. وقال أبو ثور: طلاق المولي بائن، سواء طلق هو، أو طلق عليه الحاكم؛ لأنها فرقة لرفع". (١)

٢٣٧. ٢٣٧-"ثلاث، فصار إيلاؤه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية. وقال أصحاب الشافعي: يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل: قولان كالمذهبين، وقول ثالث: لا يعود حكم الإيلاء بحال. وهو قول ابن المنذر؛ لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه، فبطل حكم الإيلاء منها، كالمطلقة ثلاثا. ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها، فثبت له حكم الإيلاء، كما لو لم يطلق، وفارق الإيلاء من الأجنبية؛ فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها، بخلاف مسألتنا.

[فصل آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها]

(٦١٥٧) فصل: ولو آلى من امرأته الأمة، ثم اشتراها، ثم أعتقها، وتزوجها، عاد الإيلاء. ولو كان المولي عبدا، فاشترته امرأته، ثم أعتقته، وتزوجته، عاد الإيلاء. ولو بانت الزوجة بردة، أو إسلام من أحدهما أو غيره، ثم تزوجها تزويجا جديدا، عاد الإيلاء، وتستأنف المدة في جميع ذلك. وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله؛ لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية، فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية. وهكذا لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك. ثم طلقها، ثم نكحت غيره، ثم تزوجها الأول، عاد حكم الإيلاء؛ لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية، فإن دخلت الدار في حال البينونة، ثم عاد فتزوجها، لم يثبت حكم الإيلاء في حقه؛ لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية، ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته.

[مسألة آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر]

(٦١٥٨) مسألة قال: (ولو آلى منها، واختلفا في مضي الأربعة أشهر، كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه) إنما كان كذلك؛ لأن الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه؛ فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين، حسب من ذلك الوقت، فعلم هل انقضت المدة أو لا. وزال الخلاف. أما إذا اختلفا في وقت اليمين، فقال: حلفت في غرة رمضان. وقالت: بل حلفت في غرة شعبان. فالقول قوله؛ لأنه صدر من جهته، وهو أعلم به. فكان القول قوله، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٣/٧

الأصل عدم الحلف في غرة شعبان، فكان قوله في نفيه موافقا للأصل. قال الخرقي: ويكون ذلك مع يمينه. وهو مذهب الشافعي.

وذهب أبو بكر، إلى أنه لا يمين عليه. قال القاضي: وهو **أصح**؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح، فلم تشرع فيه يمين، كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته. ووجه قول الخرقي، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «اليمين على المدعى عليه» . ولأنه حق لآدمي يجوز بذله، فيستحلف فيه، كالديون.". (١)

٢٣٨. ٢٣٨–"وروى الأثرم، بإسناده عن عمر – رضي الله عنه – قال: أطعم عني صاعا من تمر أو شعير، أو نصف صاع من بر. ولأنه إطعام للمساكين، فكان صاعا من التمر والشعير، أو نصف صاع من بر، كصدقة الفطر.

ولنا ما روى الإمام أحمد، ثنا إسماعيل، ثنا أيوب، عن أبي يزيد المدني قال: «جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – للمظاهر: أطعم هذا؛ فإن مدي شعير مكان مد بر» . وهذا نص. ويدل على أنه مد بر، أنه قول زيد، وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة، ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا، وعلى أنه نصف صاع من التمر أو الشعير، ما روى عطاء بن يسار، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال لخويلة امرأة أوس بن الصامت اذهبي إلى فلان الأنصاري، فإن عنده شطر وسق من تمر، أخبرني أنه يريد أن يتصدق به، فلتأخذيه، فليتصدق به على ستين مسكينا» .

وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إني سأعينه بعرق من تمر. قلت: يا رسول الله، فإني سأعينه بعرق آخر. قال: قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينا، وارجعي إلى ابن عمك» . وروى أبو داود، بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، أنه قال: العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا. فعرقان يكونان ثلاثين صاعا، لكل مسكين نصف صاع، ولأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام، فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير، كفدية الأذى. فأما رواية أبي داود أن " العرق ستون صاعا ". فقد ضعفها وقال: غيرها **أصح** منها. وفي الحديث ما يدل على الضعف؛ لأن ذلك في سياق قوله: (إني سأعينه بعرق) . فقالت امرأته: إني سأعينه بعرق آخر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٧/٧

قال: (فأطعمي بها عنه ستين مسكينا) . فلو كان العرق ستين صاعا، لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا، ولا قائل به.

وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا، فقال: (تصدق به) . فيحتمل أنه اقتصر عليه إذ لم يجد سواه، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله. وفي الحديث المتفق عليه: (قريب من عشرين صاعا) . وليس ذلك مذهبا لأحمد، فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه. وحديث أوس بن أخي عبادة مرسل، يرويه عنه عطاء ولم يدركه، على أنه حجة لنا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه عرقا، وأعانته امرأته بآخر، فصارا جميعا ثلاثين صاعا.

وسائر الأخبار نجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز، وأخبارنا على الإجزاء، وقد عضد هذا أن ابن عباس راوي بعضها، ومذهبه أن المد من البر يجزئ، وكذلك أبو هريرة، وسائر ما ذكرنا من الأخبار، مع الإجماع الذي نقله سليمان بن يسار. والله أعلم.". (١)

٢٣٩. ٢٣٩-"في طهر، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، لحق الزوج؛ لأن الولد للفراش، وقد أمكن كونه منه. وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ. فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما، فإن ألحقته بالواطئ لحقه، ولم يملك نفيه عن نفسه، وانتفى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج لحقه، ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين. والأخرى، له ذلك. وإن ألحقته بهما، لحق بهما، ولم يملك الواطئ نفيه عن نفسه. وهل يملك الزوج نفيه باللعان؟ على روايتين. وإن لم توجد قافة، أو أنكر الواطئ الوطء، أو اشتبه على القافة، لحق الزوج؛ لأن المقتضي للحاق النسب به متحقق، ولم يوجد ما يعارضه، فوجب إثبات حكمه. ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال؛ لأن دلالة قول القافة ضعيفة، ودلالة الفراش قوية، فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة.

[فصل أتت بولد، فادعى أنه من زوج قبله]

(٦٢٨٢) فصل: وإن أتت بولد، فادعى أنه من زوج قبله، نظرنا؛ فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة، لم يلحق بالأول بحال، وإن كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول، لم يلحق به أيضا، وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، لم يلحق به، وينتفي عنهما، وإن كان لأكثر من ستة

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣١

أشهر، فهو ولده، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول، ولم يعلم انقضاء العدة، عرض على القافة، ولحق بمن ألحقته به منهما، فإن ألحقته بالأول، انتفى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق الزوج. وهل له نفيه باللعان؟ على روايتين.

[مسألة اللعان الذي يبرأ به من الحد]

(٦٢٨٣) مسألة قال: (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم: أشهد بالله لقد زنت. ويشير إليها. وإن لم تكن حاضرة سماها، ونسبها، حتى يكمل ذلك أربع مرات، ثم يوقف عند الخامسة، ويقال له: اتق الله، فإنها الموجبة، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. فإن أبى إلا أن يتم، فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب. أربع مرات، ثم توقف عند الخامسة، وتخوف كما خوف الرجل، فإن أبت إلا أن تتم، فلتقل: وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا)

في هذه المسألة مسألتان: (٦٢٨٤) المسألة الأولى: أن اللعان لا يصح إلا بمحضر من الحاكم، أو من يقوم مقامه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن النبي". (١)

٢٤٠. ٢٤٠-"ولنا أنه إذا قذفهما بكلمة واحدة يجزئ حد واحد، أنه يظهر كذبه في قذفه، وبراءة عرضهما من رميه بحد واحد، فأجزأ، كما لو كان القذف لواحد. وإذا قذفهما بكلمتين، وجب حدان؛ لأنهما قذفان لشخصين، فوجب لكل واحد حد، كما لو قذف الثاني بعد حد الأول. وهكذا الحكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات، فالتفصيل فيه على ما ذكرناه.

وإن قذف أربع نسائه، فالحكم في الحد كذلك. وإن أراد اللعان، فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعانا مفردا، ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة، فإن طالبن جميعا، وتشاححن، بدأ بإحداهن بالقرعة، وإن لم يتشاححن، بدأ بلعان من شاء منهن، ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح. ويحتمل أن يجزئه لعان واحد، فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الأربع من الزنا. وتقول كل واحدة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى. لأنه يحصل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٣/٨

المقصود بذلك. والأول أصح؛ لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة، كالأيمان في الديون.

[فصل قال لزوجته يا زانية بنت الزانية]

(٦٢٩٣) فصل: ولو قال لزوجته: يا زانية بنت الزانية. فقد قذفها، وقذف أمها بكلمتين، والحكم في الحد لهما على ما مضى من التفصيل فيه، فإن اجتمعا في المطالبة، ففي أيتهما يقدم؟ فيه وجهان: أحدهما الأم؛ لأن حقها آكد، لكونه لا يسقط إلا بالبينة، ولأن لها فضيلة الأمومة. والثاني، تقديم البنت؛ لأنه بدأ بقذفها. ومتى حد لإحداهما، ثم وجب عليه الحد للأخرى، لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى. فإن قيل: إن الحد هاهنا حق لآدمي، فلم لا يوالى بينهما كالقصاص، فإنه لو قطع يدي رجلين، قطعنا يديه لهما، ولم نؤخره؟ قلنا: لأن حد القذف لا يتكرر بتكرر سببه قبل إقامة حده، فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه، والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها في قصاص واحد، فإذا جاز لواحد، فلاثنين أولى.

[فصل قذف محصنا مرات]

(٦٢٩٤) فصل: وإن قذف محصنا مرات، فحد واحد، رواية واحدة، سواء قذفه بزنا آخر، أو كرر القذف بالأول؛ لأنهما حدان ترادف سببهما، فتداخلا، كالزنا مرارا. وإن قذفه فحد له، ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا، فلا حد عليه؛ لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد، فلا حاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانيا، ولما جلد عمر أبا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة، أعاد قذفه، فهم عمر بإعادة الحد عليه، فقال له علي: إن جلدته فارجم". (١)

٢٤١. ٢٤١-"المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل، أجبرتها عليه، وهبت أن أحكم عليها بالرجم؛ لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت، فكيف إذا أبت اللعان، ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعا؛ لأن الفراش قائم حتى تلتعن، والولد للفراش. قال القاضي: هذه الرواية أصح. وهذا قول من وافقنا في أنه لا حد عليها؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٨] فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يدرأ عنها العذاب. والرواية الثانية، يخلى سبيلها. وهو قول أبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩٠

بكر؛ لأنه لم يجب عليها الحد، فيجب تخلية سبيلها، كما لو لم تكمل البينة.

فأما الزوجية، فلا تزول، والولد لا ينتفي ما لم يتم اللعان بينهما، في قول عامة أهل العلم، إلا الشافعي، فإنه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل. وقد ذكرنا ذلك.

[مسألة أقرت الزوجة بالزنا دون الأربع مرات في اللعان]

مسألة قال: (وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات) وجملته أن الرجل إذا قذف امرأته، فصدقته، وأقرت بالزنا مرة، أو مرتين، أو ثلاثا، لم يجب عليها الحد؛ لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات، على ما يذكر في الحدود، ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه، فلا لعان بينهما؛ لأن اللعان كالبينة، إنما يقام مع الإنكار، وإن كان بعد لعانه، لم تلاعن هي؛ لأنها لا تحلف مع الإقرار، وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: إن صدقته قبل لعانه، فعليها الحد، وليس له أن يلاعن، إلا أن يكون ثم نسب ينفيه، فيلاعن وحده، وينتفي النسب بمجرد لعانه، وإن كان بعد لعانه، فقد انتفى النسب، ولزمها الحد؛ بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه، وتقع الفرقة، ويجب الحد، فإن الحد يجب بإقرار مرة. وهذه الأصول قد مضى أكثرها.

ولو أقرت أربعا، وجب الحد، ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفى. وإن رجعت سقط الحد عنها، بغير خلاف علمناه. وبه يقول الشافعي، وأبو ثور، وأصحابالرأي. فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول، وليس له أن يلاعن للحد، فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه. وإن أراد لعانها لنفي نسب، فظاهر قول الخرقي، أنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور. وهو قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي: له لعانها لنفي النسب فيها كلها؛ لأنها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته، ملك نفي ولدها، فإذا كانت فاجرة فصدقته، فلأن يملك نفي ولدها أولى، ووجه الأول، أن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معا، وقد تعذر اللعان منهما؛ ولأنها لا تستحلف على نفي ما تقربه، فتعذر نفي الولد لتعذر سببه، كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان.

[فصل قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت]

(٦٢٩٧) فصل: ولو قال لامرأته: يا زانية. فقالت: بك زنيت. فلا حد عليها، ولا عليه وقال

أصحاب الشافعي:". (١)

٢٤٢. ٢٤٢-"ولنا قول الله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة، فكانت ثلاثة قروء، كغير الخلع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «قرء الأمة حيضتان» . عام، وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا، قال أبو بكر: هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس، قد خالفه قول عمر وعلي، فإنهما قالا: عدتها ثلاث حيض. وقولهما أولى. وأما ابن عمر، فقد روى مالك، عن نافع، أنه قال: عدة المختلعة عدة مطلقة. وهو **أصح** عنه.

[فصل الموطوءة بشبهة]

(٦٣٠١) فصل: والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة، وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد. وبهذا قال الشافعي؛ لأن وطء الشبهة في النكاح الفاسد، في شغل الرحم ولحوق النسب، كالوطء في النكاح الصحيح، فكان مثله فيما تحصل به البراءة. وإن وطئت المزوجة بشبهة، لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها، كي لا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج، في أحد الوجهين؛ لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج، فأبيح الاستمتاع منها بما دونه، كالحائض.

[فصل المزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة]

(٦٣٠٢) فصل: والمزني بها، كالموطوءة بشبهة في العدة. وبهذا قال الحسن، والنخعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى. وهذا قول مالك، وروي عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - لا عدة عليها. وهو قول الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي؛ لأن العدة لحفظ النسب، ولا يلحقه نسب. وقد روي عن علي - رضي الله عنه - ما يدل على ذلك. ولنا أنه وطء يقتضي شغل الرحم، فوجبت العدة منه، كوطء الشبهة.

وأما وجوبها كعدة المطلقة، فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة، كالموطوءة بشبهة. وقولهم: إنما تجب لحفظ النسب. لا يصح، فإنها لو اختصت بذلك، لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها،

(١) المغني لابن قدامة ٩٤/٨

والآيسة، والصغيرة، ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع، ولو وجبت لذلك، لكان استبراء الأمه على البائع، ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك، فالحاجة إليها داعية؛ فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد، اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا، فلا يحصل حفظ النسب.". (١)

٢٤٣. ٢٤٣-"والرواية الثانية أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها. اختاره أبو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي في القديم لأن الله تعالى قال: ﴿يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . وقد كملت القروء، بدليل وجوب الغسل عليها، ووجوب الصلاة، وفعل الصيام، وصحته منها، ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث، ووقوع الطلاق بها، واللعان، والنفقة، فكذلك فيما نحن فيه.

قال القاضي: إذا شرطنا الغسل، أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج، فأما سائر الأحكام، فإنها تنقطع بانقطاع دمها. فصل: (٦٣٠٩) وإن قلنا: القروء الأطهار. فطلقها وهي طاهر، انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة، وإن طلقها حائضا، انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة. وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان ومالك، وأبي ثور. وهو ظاهر مذهب الشافعي. وحكي عنه قول آخر، لا تنقضي العدة حتى يمضي من الدم يوم وليلة؛ لجواز أن يكون الدم دم فساد، فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال. وحكى القاضي هذا احتمالا في مذهبنا أيضا.

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء، فالزيادة عليها مخالفة للنص، فلا يعول عليه، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، رواه الأثرم عنهم بإسناده، ولفظ حديث زيد بن ثابت «إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه، وبرئ منها، ولا ترثه ولا يرثها.» وقولهم: إن الدم يجوز أن يكون دم فساد. قلنا: قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة، وتحريمها على الزوج، وسائر أحكام الحيض، فكذلك في انقضاء العدة. ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال، فإذا تبين أنه حيض، علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم، كما لو قال لها: إن حضت فأنت طالق. اختلف القائلون بهذا القول، فمنهم من قال: اليوم والليلة من العدة؛ لأنه دم تكمل به العدة، فكان منها، كالذي في أثناء الأطهار.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٨/٨

ومنهم من قال: ليس منها، إنما يتبين به انقضاؤها، ولأننا لو جعلناه منها، أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء، ولكنا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة، ولو راجعها زوجها فيها، لم تصح الرجعة. وهذا أصح الوجهين.

[مسألة اغتسلت الأمة من الحيضة الثانية في العدة]

(٦٣١٠) مسألة قال: (وإن كانت أمة، فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية) . أكثر أهل العلم يقولون: عدة الأمة بالقرء قرءان. منهم؛ عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحابالرأي.، وعن ابن سيرين، عدتها عدة الحرة، إلا أن تكون". (١)

٢٤٤. ٢٤٤-"[فصل أقل سن الحيض للمرأة المعتدة]

(٦٣١٥) فصل: وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين؛ لأن المرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد من تحيض لتسع. وقد روي عن الشافعي أنه قال: رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة. فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين في الغالب عاما ونصفا، وقسمت الباقي بينها وبين ابنتها، كانت كل واحدة منهما قد حلمت لدون عشر سنين. فإن رأت دما قبل ذلك، فليس بحيض؛ لأنه لم يوجد مثلها متكررا، والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة، ولم يوجد ذلك، فلا يعتد به.

(٦٣١٦) فصل: فإن بلغت سنا تحيض فيه النساء في الغالب، فلم تحض، كخمس عشرة سنة، فعدتها ثلاثة أشهر، في ظاهر قول الخرقي، وهو قول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا، وقال: رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه، وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة. قال القاضي: هذه الرواية أصح؛ لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض، صارت مرتابة، يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها، فيجب أن تعتد بسنة، كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده.

ولنا قول الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] وهذه من اللائي لم يحضن، ولأن الاعتبار بحال المعتدة، لا بحال غيرها، ولهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٤/٨

لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب، مثل أن تحيض ولها عشر سنين، اعتدت بالحيض، وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه؛ فإنها من ذوات القروء، وهذه لم تكن منهن.

[مسألة طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة وهي أمة]

مسألة قال: وإذا طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة، وهي أمة، فلم تنقض عدتها حتى أعتقت، بنت على عدة حرة. وإن طلقها طلاقا لا يملك فيه الرجعة، فأعتقت، اعتدت عدة أمة هذا قول الحسن والشعبي والضحاك وإسحاق وأصحابالرأي. وهو أحد أقوال. الشافعي والقول الثاني، تكمل عدة أمة، سواء كانت بائنا أو رجعية. وهو قول مالك وأبي ثور؛ لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها، فلا يعتبر حكمها، كما لو كانت بائنا. أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء، ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية، فكان الاعتبار بحالة الوجوب، كالحد.

وقال عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال. وهو القول الثالث للشافعي؛ لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة، انتقلت إليها وإن كانت بائنا، كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم.". (١)

٢٤٥. ٢٤٥-"فيه شيء من خلق الآدمي، علم أنه حمل، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] . الحال الثاني، ألقت نطفة أو دما، لا تدري هل هو ما يخلق منه الآدمي أو لا؟ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام؛ لأنه لم يثبت أنه ولد، لا بالمشاهدة ولا بالبينة.

الحال الثالث ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة، فشهد ثقات من القوابل، أن فيه صورة خفية، بان بها أنها خلقة آدمي، فهذا في حكم الحال الأول، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد. الحال الرابع، إذا ألقت مضغة لا صورة فيها، فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي، فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به، ولكن تصير به أم ولد؛ لأنه مشكوك في كونه ولدا، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقها، فيثبت كونها أم ولد احتياطا، ولا تنقضي العدة احتياطا. ونقل حنبل أنها تصير أم ولد، ولم يذكر العدة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٨/٨

فقال بعض أصحابنا : على هذا تنقضي به العدة. وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي، أشبه ما لو تصور. .

والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة، لأنه لم يذكرها، ولم يتعرض لها. الحال الخامس، أن تضع مضغة لا صورة فيها، ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي، فهذا لا تنقضي به عدة، ولا تصير به أم ولد؛ لأنه لم يثبت كونه ولدا ببينة ولا مشاهدة، فأشبه العلقة، فلا تنقضي العدة بوضع ما قبل المضغة بحال، سواء كان نطفة أو علقة، وسواء قيل: إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل. نص عليه أحمد فقال: أما إذا كان علقة، فليس بشيء، إنما هي دم، لا تنقضي به عدة، ولا تعتق به أمة. ولا نعلم مخالفا في هذا، إلا الحسن، فإنه قال: إذا علم أنها حمل، انقضت به العدة، وفيه الغرة. والأول **أصح**، وعليه الجمهور.

وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل، أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه، فيكون نطفة أربعين يوما، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك ". ولا تنقضي العدة بما دون المضغة، فوجب أن تكون بعد الثمانين، فأما ما بعد الأربعة أشهر، فليس فيه إشكال؛ لأنه منكس في الخلق الرابع.". (١)

٢٤٦. ٢٤٦-"وجوده، وجب أن يحكم به، ولا يزاد عليه؛ لأنه ما وجد، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما إذا ثبت هذا، فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون، من يوم موت الزوج أو طلاقه، ولم تكن تزوجت، ولا وطئت، ولا انقضت عدتها بالقروء، ولا بوضع الحمل، فإن الولد لاحق بالزوج، وعدتها منقضية به.

[فصل أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ]

(٦٣٣٨) فصل: وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات، أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها؛ لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح، والبينونة منه، وكونها قد صارت منه أجنبية، فأشبهت سائر الأجنبيات. ومفهوم كلام الخرقي أن عدتها لا تنقضي به؛ لأنه لا ينتفي عنه بغير لعان، فلم تنقض عدتها منه بوضعه، كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٠/٨

منذ نكحها. وقال أبو الخطاب: هل تنقضي به العدة؟ على وجهين. وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به، وهو مذهب الشافعي لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه، بأن يكون قد وطئها بشبهة، أو جدد نكاحها، فوجب أن تنقضي به العدة، وإن لم يلحق به، كالولد المنفي باللعان، وبهذا فارق الذي أتت به لأقل من ستة أشهر، فإنه ينتفي عنه يقينا.

ثم ناقضوا قولهم، فقالوا: لو تزوجت في عدتها، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني، ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الأول، فالولد منتف عنهما، ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما. وهذا **أصح**؛ فإن احتمال كونه منه، لم يكف في إثبات نسب الولد منه، مع أنه يثبت بمجرد الإمكان، فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى. وما ذكروه منتقض بما سلموه. وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح؛ فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة، أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه، فاستويا. وأما المنفي باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه، ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة إليها، حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها، وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه، فثبتت.

[فصل أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدا من بعد انقضائها]

(٦٣٣٩) فصل: وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء، ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدا من بعد انقضائها، لم يلحق نسبه بالزوج. وبه قال أبو حنيفة، وابن سريج، وقال مالك والشافعي يلحق به، ما لم تتزوج، أو يبلغ أربع سنين. وكلام الخرقي يحتمل ذلك؛ فإنه أطلق قوله: إذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد؛ وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه، وليس معه من هو أولى منه، ولا من يساويه، فوجب أن يلحق به، كما لو أتت به بعد عقد النكاح.". (١)

٢٤٧. ٢٤٧-"ثوبا مصبوغا» . وقوله: «لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق» .

فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه، كالكحلي، والأسود، والأخضر المشبع، فلا تمنع منه؛ لأنه ليس بزينة. وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان؛ أحدهما: يحرم لبسه؛ لأنه أرفع وأحسن؛ ولأنه مصبوغ للحسن، فأشبه ما صبغ بعد نسجه. والثاني لا يحرم؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حديث أم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٢/٨

سلمة: «إلا ثوب عصب» . وهو ما صبغ غزله قبل نسجه. ذكره القاضي؛ ولأنه لم يصبغ وهو ثوب، فأشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ، والأول أصح، وأما العصب، فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب. قال صاحب الروض الأنف الورس والعصب نبتان باليمن، لا ينبتان إلا به. فأرخص النبي – صلى الله عليه وسلم – للحادة في لبس ما صبغ بالعصب؛ لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين، أما ما صبغ غزله للتحسين، كالأحمر والأصفر، فلا معنى لتجويز لبسه، مع حصول الزينة بصبغه، كحصولها بما صبغ بعد نسجه.

ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة، وإن كان رقيقا، سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم؛ لأن حسنه من أصل خلقته، فلا يلزم تغييره، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة، لا يلزمها أن تغير لونها، وتشوه نفسها. القسم الثالث: الحلي، فيحرم عليها لبس الحلي كله، حتى الخاتم، في قول عامة أهل العلم؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «ولا الحلي» . وقال عطاء: يباح حلي الفضة دون الذهب. وليس بصحيح؛ لأن النهي عام؛ ولأن الحلي يزيد حسنها، ويدعو إلى مباشرتها، قالت امرأة:

وما الحلي إلا زينة لنقيصة ... تتمم من حسن إذا الحسن قصرا

(٦٣٩١) فصل: والثالث مما تجتنبه الحادة النقاب، وما في معناه، مثل البرقع ونحوه؛ لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة.

[فصل المتوفى عنها زوجها تعتد في منزلها]

(٦٣٩٢) فصل: والرابع المبيت في غير منزلها. وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد في منزلها، عمر، وعثمان – رضي الله عنهما – وروي ذلك عن ابن عمر، وابن مسعود، وأم سلمة، وبه يقول مالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق وقال ابن عبد البر: وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار، بالحجاز، والشام، والعراق، ومصر وقال جابر بن زيد، والحسن، وعطاء تعتد حيث شاءت.

وروي ذلك عن علي، وابن عباس، وجابر، وعائشة – رضي الله عنهم – قال ابن عباس: نسخت هذه الآية عدتها عند أهله، وسكنت في وصيتها، وإن شاءت خرجت؛ لقول الله تعالى:". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٨/٨

٢٤٨. ٢٤٨-"(٦٤١٢) المسألة الثانية: أن تكون الرضعات متفرقات، وبهذا قال الشافعي. والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقا، ولم يحدها بزمن ولا مقدار، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف، فإذا ارتضع الصبي، وقطع قطعا بينا باختياره، كان ذلك رضعة، فإذا عاد كانت رضعة، أخرى.

فأما إن قطع لضيق نفس، أو للانتقال من ثدي إلى ثدي، أو لشيء يلهيه، أو قطعت عليه المرضعة، نظرنا؛ فإن لم يعد قريبا فهي رضعة، وإن عاد في الحال، ففيه وجهان أحدهما، أن الأولى رضعة، فإذا عاد فهي رضعة أخرى. وهذا اختيار أبي بكر، وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل، فإنه قال: أما ترى الصبي يرتضع من الثدي، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح، فإذا فعل ذلك فهي رضعة، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد، فكانت رضعة وإن عاد، كما لو قطع باختياره. والوجه الآخر، أن جميع ذلك رضعة. وهو مذهب الشافعي، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة، ففيه وجهان؛ لأنه لو حلف: لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة.

فاستدام الأكل زمنا، أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام، لم يعد إلا أكلة واحدة، فكذا هاهنا. والأول أصح؛ لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة، فكذا هذا.

[مسألة السعوط كالرضاع وكذلك الوجور]

(٦٤١٣) مسألة؛ قال: الشافعي: (والسعوط كالرضاع، وكذلك الوجور) معنى السعوط: أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره. والوجور: أن يصب في حلقه صبا من غير الثدي. واختلفت الرواية في التحريم بهما، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك، كما يثبت بالرضاع. وهو قول الشعبي والثوري، وأصحابالرأي. وبه قال مالك في الوجور.

والثانية لا يثبت بهما التحريم. وهو اختيار أبي بكر، ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط؛ لأن هذا ليس برضاع، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولأنه حصل من غير ارتضاع، فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه. ولنا، ما روى ابن مسعود، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا رضاع، إلا ما أنشز العظم، وأنبت اللحم» رواه أبو داود. ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع، فيجب أن يساويه في

التحريم، والأنف سبيل الفطر للصائم. فكان سبيلا للتحريم، كالرضاع بالفم.". (١)

٢٤٩. ٢٤٩-"يصيرا أخوين، ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما، في قول عامتهم. وقال الكرابيسي: يتعلق به التحريم؛ لأنه لبن آدمي، أشبه لبن الآدمية. وحكي عن بعض السلف، أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة، صارا أخوين. وليس بصحيح؛ لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة، فلا يثبت به تحريم الأخوة، لأن الأخوة فرع على الأمومة، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود، فلم يتعلق به التحريم، كسائر الطعام. فإن ثاب لخنثى مشكل لبن، لم يثبت به التحريم؛ لأنه لم يثبت كونه امرأة، فلا يثبت التحريم مع الشك.

وقال ابن حامد:: يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى. فعلى قوله يثبت التحريم، إلا أن يتبين كونه رجلا؛ لأنه لا يأمن كونه محرما. (٦٤٢٤) فصل: وإن ثاب لامرأة لبن من غير وطء، فأرضعت به طفلا، نشر الحرمة، في أظهر الروايتين. وهو قول ابن حامد، ومذهب مالك، والثوري، والشافعي، وأبي ثور، وأصحابالرأي، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر؛ لقول الله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ [النساء: ٢٣] . ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم، كما لو ثاب بوطء، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال، وإن كان هذا نادرا، فجنسه معتاد. والرواية الثانية، لا ينشر الحرمة؛ لأنه نادر، لم تجر العادة به لتغذية الأطفال، فأشبه لبن الرجال. والأول أصح.

[فصل لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة]

(٦٤٢٥) فصل: إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد، له منهن لبن، فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة، لم يصرن أمهات له، وصار المولى أبا له. وهذا قول ابن حامد؛ لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات. وفيه وجه آخر، لا تثبت الأبوة؛ لأنه رضاع لم يثبت الأمومة، فلم يثبت الأبوة، كالارتضاع بلبن الرجل. والأول أصح؛ فإن الأبوة إنما تثبت لكونه رضع من لبنه، لا لكون المرضعة أما له.

ولأصحابالشافعي وجهان، كهذين. وإذا قلنا بثبوت الأبوة، حرمت عليه المرضعات؛ لأنه ربيبهن، وهن موطوءات أبيه. وإن كان لرجل خمس بنات، فأرضعن طفلا، كل واحدة رضعة، لم يصرن أمهات له. وهل يصير الرجل جدا له، وأولاده أخوالا له وخالات؟ على وجهين: أحدهما: يصير جدا، وأخوهن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٣/٨

خالا؛ لأنه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته، فأشبه ما لو كان من واحدة.". (١)

٢٥٠. ٢٥٠-"فلا نفقة ولا سكنى» رواه الإمام أحمد، والأثرم، والحميدي، وغيرهم قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها، قول أحمد ابن حنبل ومن تابعه أصح وأحج؛ لأنه ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - نصا صريحا، فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، الذي هو المبين عن الله مراده؟ ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ [الطلاق: ٦]

وأما قول عمر، ومن وافقه، فقد خالفه علي وابن عباس، ومن وافقهما، والحجة معهم، ولو لم يخالفه أحد منهم، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فإن قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حجة على عمر وعلى غيره، ولم يصح عن عمر أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا، لقول امرأة فإن أحمد أنكره، وقال: أما هذا فلا، ولكن قال: لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية، فأي حجة في شيء يخالفه الإجماع، وترده السنة، ويخالفه فيه علماء الصحابة قال إسماعيل بن إسحاق: نحن نعلم أن عمر لا يقول: لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا، بقوله سبحانه: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦]

وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن؛ لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق وقد روى أبو داود، وغيره من الأئمة، بإسنادهم عن ابن عباس، قال «ففرق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بينهما يعني المتلاعنين وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت» ولأن هذه محرمة عليه تحريما لا تزيله الرجعة، فلم يكن لها سكنى ولا نفقة، كالملاعنة أو كالأجنبية، وفارقت الرجعية في ذلك وأما الرجعية، فلها السكنى والنفقة؛ للآية والخبر والإجماع، ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه.

[فصل الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل]

(٦٥٢٧) فصل: فأما الملاعنة فلا سكنى لها، ولا نفقة، إن كانت غير حامل، للخبر وكذلك إن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٠/٨

كانت حاملا فنفى حملها، وقلنا: إنه ينتفي عنه أو قلنا: إنه ينتفي بزوال الفراش وإن قلنا: لا ينتفي بنفيه أو لم ينفه، وقلنا: إنه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة؛ لأن ذلك للحمل، أو لها بسببه، وهو موجود، فأشبهت المطلقة البائن فإن نفى الحمل، فأنفقت أمه، وسكنت من غير الزوج، وأرضعت، ثم استلحقه الملاعن، لحقه، ولزمته النفقة وأجرة المسكن والرضاع؛ لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له، فإذا ثبت له أب، لزمه ذلك، ورجع به عليه فإن قيل: النفقة لأجل الحمل نفقة الأقارب، وهي تسقط بمضي الزمان، فكيف ترجع عليه بها". (١)

٢٥١. ٢٥١-"يسقط عنه؟ قلنا: بل النفقة للحامل من أجل الحمل، فلا تسقط، كنفقتها في الحياة، وإن سلمنا أنها للحمل، إلا أنها مصروفة إليها، ويتعلق بها حقها، فلا تسقط بمضي الزمان، كنفقتها.

[فصل المعتدة من الوفاة إن كانت حائلا]

فصل: فأما المعتدة من الوفاة، فإن كانت حائلا، فلا سكنى لها ولا نفقة؛ لأن النكاح قد زال بالموت، وإن كانت حاملا، ففيها روايتان؛ إحداهما، لها السكنى والنفقة؛ لأنها حامل من زوجها، فكانت لها السكنى والنفقة، كالمفارقة في الحياة والثانية، لا سكنى لها ولا نفقة؛ لأن المال قد صار للورثة، ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله، ولا يلزم ذلك الورثة؛ لأنه إن كان للميت ميراث، فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن له ميراث، لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته، كما بعد الولادة قال القاضي: وهذه الرواية **أصح**.

[فصل نفقة الحامل]

(٦٥٢٩) فصل: وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل أو للحمل، فيه روايتان؛ إحداهما: تجب للحمل اختارها أبو بكر؛ لأنها تجب بوجوده، وتسقط عند انفصاله، فدل على أنها له والثانية، تجب لها من أجله؛ لأنها تجب مع اليسار والإعسار، فكانت له كنفقة الزوجات، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان، فأشبهت نفقتها في حياته وللشافعي قولان، كالروايتين وينبني على هذا الاختلاف فروع؛ منها، أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة، وقلنا: النفقة للحمل فنفقتها على سيدها؛ لأنه ملكه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٣/٨

وإن قلنا: لها فعلى الزوج؛ لأن نفقتها عليه وإن كان الزوج عبدا، وقلنا: هي للحمل فليس عليه نفقة؛ لأنه لا تلزمه نفقة ولده وإن قلنا: لها فالنفقة عليه؛ لما ذكرناه

وإن كانت حاملا من نكاح فاسد، أو وطء شبهة، وقلنا: النفقة للحمل فعلى الزوج والواطئ؛ لأنه ولده، فلزمته نفقته كما بعد الوضع وإن قلنا: للحامل فلا نفقة عليه؛ لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها وإن نشزت امرأة إنسان، وهي حامل، وقلنا: النفقة للحمل لم تسقط نفقتها؛ لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه وإن قلنا: لها فلا نفقة لها؛ لأنها ناشز.

[فصل وقت دفع نفقة الحامل المطلقة إليها]

(٦٥٣٠) فصل: ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوما فيوما، كما يلزمه دفع نفقة الرجعية وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع؛ لأن الحمل غير متحقق؛ ولهذا: وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله". (١)

٢٥٢. ٢٥٢-"[فصل بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء]

(٦٥٥٣) فصل: في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة، عند اجتماع الرجال والنساء أولى الكل بها الأم، ثم أمهاتها وإن علون، يقدم منهن الأقرب فالأقرب؛ لأنهن نساء ولادتهن متحققة، فهي في معنى الأم وعن أحمد: أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم فعلى هذه الرواية، يكون الأب أولى بالتقديم؛ لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته والأولى هي المشهورة عند أصحابنا ، وإن المقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم جد الأب، ثم أمهاته وإن كن غير وارثات؛ لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة، بخلاف أم أبي الأم

وحكي عن أحمد رواية أخرى؛ أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات والأولى هي المشهورة في المذهب فإذا انقرض الآباء والأمهات، انتقلت الحضانة إلى الأخوات، وتقدم الأخت من الأبوين، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، وتقدم الأخت على الأخ؛ لأنها امرأة من أهل الحضانة، فقدمت على من في درجتها من الرجال، كالأم تقدم على الأب، وأم الأب على أبي الأب، وكل جدة في درجة جد تقدم عليه؛ لأنها تلي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٤/٨

الحضانة بنفسها، والرجل لا يليها بنفسه وفيه وجه آخر، أنه يقدم عليها؛ لأنه عصبة بنفسه والأول أولى

وفي تقديم الأخت من الأبوين، أو من الأب على الجد، وجهان وإذا لم تكن أخت، فالأخ للأبوين أولى، ثم الأخ للأب، ثم أبناؤهما، ولا حضانة للأخ للأم؛ لما ذكرنا فإذا عدموا، صارت الحضانة للخالات، على الصحيح، وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات ولا حضانة للأخوال، فإذا عدمن صارت للعمات، ويقدمن على الأعمام، كتقديم الأخوات على الإخوة، ثم للعم للأبوين، ثم للعم للأب، ولا حضانة للعم من الأم، ثم أبناؤهما، ثم إلى خالات الأب، على قول الخرقي، وعلى القول الآخر، إلى خالات الأم، ثم إلى عمات الأب، ولا حضانة لعمات الأم؛ لأنهن يدلين بأبي الأم، ولا حضانة له وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة، قدم المستحق منهم بالقرعة.

[فصل تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها]

(٦٥٥٤) فصل: وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان؛ أحدهما، تنتقل إلى الأب؛ لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها والثاني: تنتقل إلى أمها وهو **أصح**؛ لأن الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه،". (١)

٢٥٣. ٢٥٣-"قال أبو الخطاب: من قطع يد ذمي، ثم أسلم ومات، ضمنه بدية ذمي، ولو قطع يد عبد، فأعتقه سيده ومات، فعلى الجاني قيمته للسيد؛ لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية، دون حال السراية، فكذلك الدية والأول **أصح**، إن شاء الله؛ لأن سراية الجرح مضمونة، فإذا أتلفت حرا مسلما، وجب ضمانه بدية كاملة، كما لو قتله بجرح ثان.

وقول أحمد، في من فقأ عيني عبد: عليه قيمته للسيد. لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة، ولم يذكره أحمد. ولأن الواجب مقدر بما تفضي إليه السراية دون ما تتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه، فسرى القطع إلى نفسه، لم يلزم الجاني أكثر من دية، ولو قطع إصبعا، فسرى إلى نفسه، لوجبت الدية كاملة، فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم، تجب ديته كاملة. فأما إن جرح مرتدا، أو حربيا فسرى الجرح إلى نفسه، فلا قصاص فيه ولا دية، سواء أسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٧/٨

قبل السراية أو لم يسلم؛ لأن الجرح غير مضمون، فلم يضمن سرايته، بخلاف التي قبلها.

[فصل قطع يد مسلم فارتد ثم مات بسراية الجرح]

(٦٥٩٥) فصل: ولو قطع يد مسلم فارتد، ثم مات بسراية الجرح، لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة؛ لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربيا، ثم مات من جراحه. وأما اليد، فالصحيح أنه لا قصاص فيها. وذكر القاضي وجها في وجوب القصاص فيها؛ لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته، فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله، أو جاء آخر فقتله، وللشافعي في وجوب القصاص قولان.

ولنا، أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل، فلم يجب القطع، كما لو قطع من غير مفصل، وفارق ما قاسوا عليه، فإن القطع لم يصر قتلا. وهل تجب دية الطرف؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا ضمان فيه؛ لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم. والثاني: تجب؛ لأن سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه، كما لو قطع طرف رجل، ثم قتله آخر. فعلى هذا، هل يجب ضمانه بدية المقطوع، أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس؟ فيه وجهان: أحدهما: تجب دية المقطوع، فلو قطع يديه ورجليه، ثم ارتد ومات، ففيه ديتان؛ لأن الردة قطعت حكم السراية، فأشبه انقطاع حكمها باندمالها، أو بقتل آخر له. والثاني: يجب أقل الأمرين؛ لأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس، فمع الردة أولى؛ ولأنه قطع صار قتلا، فلم يجب أكثر من دية، كما لو لم يرتد، وفارق أصل الوجه الأول، فإنه لم يصر قتلا؛". (١)

٢٥٤. ٢٥٤-"فعل موجب للقصاص، فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه، وها هنا إذا أقمنا المخطئ مقام العامد، صار كأنه قتله بعمد وخطأ، وهذا غير موجب.

[فصل هل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع]

(٦٦٤٤) فصل: وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع؟ فيه وجهان، ذكرهما أبو عبد الله بن حامد، وصورة ذلك، أن يجرحه سبع أو يجرحه إنسان عمدا، إما قبل ذلك أو بعده، فيموت منهما، أو يجرح نفسه عمدا، ثم يجرحه غيره عمدا، فيموت منهما، فهل يجب على المشارك له قصاص؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٥/٨

فيه وجهان. واختلف عن الشافعي فيه. وقال أصحاب الرأي: لا قصاص عليه؛ لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه، فلم يلزمه قصاص، كشريك الخاطئ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب، فلم يوجب، كالقتل الحاصل من عمد وخطأ؛ ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمون، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى. والوجه الثاني، عليه القصاص. وهو قول أبي بكر. وروي عن أحمد، أنه قال: إذا جرحه رجل، ثم جرح الرجل نفسه، فمات، فعلى شريكه القصاص؛ لأنه قتل عمد متمحض، فوجب القصاص على الشريك فيه، كشريك الأب، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ، كأنه أراد ضرب جارحة، فأصاب نفسه، أو خاط جرحه، فصادف اللحم الحي، فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين. وفيه وجه آخر، أن عليه القصاص، بناء على الروايتين في شريك الخاطئ.

[فصل جرحه إنسان فتداوى بسم فمات]

(٦٦٤٥) فصل: فإن جرحه إنسان، فتداوى بسم فمات، نظرت؛ فإن كان سم ساعة يقتل في الحال، فقد قتل نفسه، وقطع سراية الجرح، وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح، وننظر في الجرح، فإن كان موجبا للقصاص، فلوليه استيفاؤه، وإن لم يكن موجبا له، فلوليه الأرش، وإن كان السم لا يقتل في الغالب، وقد يقتل، بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ، والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطئ، وإذا لم يجب القصاص، فعلى الجارح نصف الدية، وإن كان السم يقتل غالبا بعد مدة، احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضا؛ لأنه لم يقصد القتل، إنما قصد التداوي، فيكون كالذي قتله، واحتمل أن يكون في حكم العمد، فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذي قبله.

وإن جرح رجل، فخاط جرحه، أو أمر غيره فخاطه له، وكان ذلك مما يجوز أن يقتل، فحكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل، على ما مضى فيه. وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها، فهما قاتلان عليهما القود. وإن خاطه وليه، أو الإمام، وهو ممن لا ولاية عليه، فهما كالأجنبي، وإن كان لهما عليه ولاية، فلا قود عليهما؛ لأن فعلهما جائز لهما، إذ لهما". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٩٨

٢٥٥.   ٢٥٥-"وإن كانت المقطوعة ذات أظفار، إلا أنها خضراء، أو مستحشفة، أخذنا بها السليمة؛ لأن ذلك علة ومرض، والمرض لا يمنع القصاص، بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم.

[مسألة كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة القصاص]

(٦٧٣٧) مسألة: قال: (وإن كان القاطع أشل، والمقطوعة سالمة، فشاء المظلوم أخذها، فذلك له، ولا شيء له غيرها، وإن شاء عفا، وأخذ دية يده) أما إذا اختار الدية، فله دية يده، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص، فكانت له الدية، كما لو لم يكن للقاطع يد. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي. وإن اختار القصاص، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه إذا قطع لم تنسد العروق، ودخل الهواء إلى البدن فأفسده. سقط القصاص؛ لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف.

وإن أمن هذا، فله القصاص؛ لأنه رضي بدون حقه، فكان له ذلك، كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي، والرجل من المرأة، والحر من العبد، وليس له مع القصاص أرش؛ لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة، وإنما نقصت في الصفة، فلم يكن له أرش، كالصور التي ذكرناها. وقال أبو الخطاب: عندي له أرش مع القصاص. على قياس قوله في عين الأعور. والأول أصح؛ فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها، أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه، خارج عن الأصول، مخالف للقياس.

[فصل تؤخذ الشلاء بالشلاء القصاص]

(٦٧٣٨) فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء، إذا أمن في الاستيفاء الزيادة. وقال أصحاب الشافعي، لا تؤخذ بها، في أحد الوجهين؛ لأن الشلل علة، والعلل يختلف تأثيرها في البدن، فلا تتحقق المماثلة بينهما. ولنا، أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته، فجاز أخذ إحداهما بالأخرى، كالصحيحة بالصحيحة.

[فصل تؤخذ في القصاص اليد الناقصة بالناقصة]

(٦٧٣٩) فصل: وتؤخذ الناقصة بالناقصة، إذا تساوتا فيه، بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه؛ لأنهما تساوتا في الذات والصفة. فأما إن اختلفا، فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام، ومن الأخرى إصبع غيرها، لم يجز القصاص؛ لأن فيه أخذ إصبع بغيرها. وإن كانت يد أحدهما

ناقصة إصبعا، والأخرى ناقصة تلك الإصبع وأخرى، جاز أخذ الناقصة إصبعين بالناقصة إصبعا. وهل له أرش إصبعه الزائدة؟ فيه وجهان. ولا يجوز أخذ الأخرى بها؛ لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.". (١)

٢٥٦. ٢٥٦-"[فصل جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية]

(٦٧٦٣) فصل: وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص، فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية، سقط القصاص؛ لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال، ولا يصح الشراء؛ لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول، وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة، والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع؛ ولذلك لو باعه شيئا بجمل جذع غير معروف الصفة، لم يصح، وإن قدر الأرش بذهب أو فضة وباعه به صح.

[فصل القصاص لصغير هل لوليه العفو]

(٦٧٦٤) فصل: إذا وجب القصاص لصغير، لم يجز لوليه العفو إلى غير مال؛ لأنه لا يملك إسقاط حقه. وإن أحب العفو إلى مال، وللصبي كفاية من غيره، لم يجز؛ لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة. فإن كان فقيرا محتاجا، ففيه وجهان؛ أحدهما: له ذلك؛ لحاجته إلى المال لحفظه. قال القاضي: هذا أصح. والثاني، لا يجوز؛ لأنه لا يملك إسقاط قصاصه، وأما حاجته فإن نفقته في بيت المال. والصحيح الأول؛ فإن وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل، فأما إن كان مستحق القصاص مجنونا فقيرا فلوليه العفو على المال؛ لأنه ليست حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته. .

[فصل يصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص]

فصل: ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص؛ لأنه ليس بمال. وإن أراد المفلس القصاص، لم يكن لغرمائه إجباره على تركه. وإن أحب العفو عنه إلى مال، فله ذلك؛ لأن فيه حظا للغرماء. وإن أراد العفو على غير مال، انبنى على الروايتين؛ إن قلنا الواجب القصاص، فله ذلك؛ لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء. وإن قلنا: الواجب أحد شيئين. لم يملك؛ لأن المال يجب بقوله: عفوت عن القصاص. فقوله: على غير مال. إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه، ولا يملك ذلك. وهكذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٨

الحكم في السفيه ووارث المفلس.

وإن عفا المريض على غير مال، فذكر القاضي في موضع، أنه يصح، سواء خرج من الثلث أو لم يخرج. وذكر أن أحمد نص على هذا. وقال في موضع: يعتبر خروجه من ثلثه، ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى.

[فصل قتل من لا وارث له]

(٦٧٦٦) فصل: وإذا قتل من لا وارث له، فالأمر إلى السلطان؛ فإن أحب القصاص فله ذلك، وإن أحب العفو على". (١)

٢٥٧. ٢٥٧-"[مسألة أمسك رجلا وقتله آخر]

(٦٧٦٩) مسألة: قال: (وإذا أمسك رجلا وقتله آخر، قتل القاتل، وحبس الماسك حتى يموت) يقال أمسك ومسك ومسك. وقد جمع الخرقي بين اللغتين، فقال: إذا أمسك، وحبس الماسك. وهو اسم الفاعل من مسك مخففا. ولا خلاف في أن القاتل يقتل؛ لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق، وأما الممسك، فإن لم يعلم أن القاتل يقتله، فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب، والقاتل مباشر، فسقط حكم المتسبب به.

وإن أمسكه له ليقتله، مثل إن ضبطه له حتى ذبحه له. فاختلفت الرواية فيه عن أحمد؛ فروي عنه أنه يحبس حتى يموت. وهذا قول عطاء وربيعة. وروي ذلك عن علي. وروي عن أحمد، أنه يقتل أيضا. وهو قول مالك قال سليمان بن أبي موسى: الإجماع فينا أن يقتل؛ لأنه لو لم يمسكه، ما قدر على قتله، وبإمساكه تمكن من قتله، فالقتل حاصل بفعلهما، فيكونان شريكين فيه، فيجب عليهما القصاص، كما لو جرحاه.

وقال أبو حنيفة، والشافعي وأبو ثور وابن المنذر: يعاقب، ويأثم، ولا يقتل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " إن أعتى الناس على الله، من قتل غير قاتله ". والممسك غير قاتل، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ، فإذا اجتمعت معه المباشرة، كان الضمان على المباشر، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله، ولنا، ما روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٢/٨

أمسك الرجل، وقتله الآخر، يقتل الذي قتل، ويحبس الذي أمسك» ولأنه حبسه إلى الموت، فيحبس الآخر إلى الموت، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات، فإننا نفعل به ذلك حتى يموت.

[فصل اتبع رجلا ليقتله فأدركه أخر]

(٦٧٧٠) فصل: وإن اتبع رجلا ليقتله، فهرب منه، فأدركه آخر، فقطع رجله، ثم أدركه الثاني فقتله، نظرت؛ فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني، فعليه القصاص في القطع، وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك؛ لأنه حبسه على القتل، وإن لم يقصد حبسه، فعليه القطع دون القتل، كالذي أمسكه غير عالم. وفيه وجه آخر، ليس عليه إلا القطع بكل حال. والأول **أصح**؛ لأنه الحابس له بفعله، فأشبه الحابس بإمساكه. فإن قيل: فلم اعتبرتم قصد الإمساك هاهنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل في الجارح؟". (١)

٢٥٨. ٢٥٨-"يظهر وينتشر. ولم ينكر، فيثبت إجماعا. وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث؛ ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ. واحتجوا على التغليظ في العمد، أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه، ففي العمد مع عدم العذر أولى. وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف، بهذه الأسباب؛ لأن ما أوجب تغليظ دية النفس، أوجب تغليظ دية الطرف، كالعمد.

وظاهر كلام الخرقي أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك. وهو قول الحسن، والشعبي، والنخعي، وأبي حنيفة، والجورجاني، وابن المنذر. وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: في النفس المؤمنة مائة من الإبل» . لم يزد على ذلك. (وعلى أهل الذهب ألف مثقال) وفي حديث أبي شريح، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل، وأنا والله عاقله، من قتل له قتيل بعد ذلك، فأهله بين خيرتين؛ إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية» .

وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى، فلم يزد النبي - صلى الله عليه وسلم - على الدية، ولم يفرق بين الحرم وغيره، وقول الله عز وجل: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان، وفي كل حال، ولأن عمر - رضي الله عنه -

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٦٤

أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه، ولم يزد على مائة. وروى الجوزجاني، بإسناده عن أبي الزناد، أن عمر بن عبد العزيز، كان يجمع الفقهاء، فكان مما أحيي من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم، أن ناسا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف، فتكون ستة عشر ألف درهم، فألغى عمر، - رحمه الله -، ذلك بقول الفقهاء، وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام، والبلد الحرام، وغيرهما.

قال ابن المنذر: وليس بثابت ما روي عن الصحابة في هذا. ولو صح فقول عمر يخالفه، وقوله أولى من قول من خالفه، وهو أصح في الرواية، مع موافقته الكتاب والسنة والقياس.

[فصل لا تغلظ الدية بموضع غير الحرم]

(٦٧٩٢) فصل: ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم. وقال أصحاب الشافعي: تغلظ الدية بالقتل في المدينة. على قوله القديم؛ لأنها مكان يحرم صيده، فأشبهت الحرم. وليس بصحيح؛ لأنها ليست محلا للمناسك، فأشبهت سائر". (١)

٢٥٩. ٢٥٩-"ولنا، حديث ابن عباس، ولأنها جناية عمد، فلا تحملها العاقلة، كالموجبة للقصاص، وجناية الأب على ابنه، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ، لكون الجاني معذورا، تخفيفا عنه، ومواساة له، والعامد غير معذور، فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة، فلم يوجد فيه المقتضي. وبهذا فارق العمد الخطأ. ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه، فإنه لا قصاص فيه، ولا تحمله العاقلة.

[فصل اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس]

(٦٧٩٦) فصل: وإن اقتص بحديدة مسمومة، فسرى إلى النفس، ففيه وجهان: أحدهما: تحمله العاقلة؛ لأنه ليس بعمد محض، أشبه عمد الخطأ. والثاني: لا تحمله؛ لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالبا، فأشبه من لا قصاص له. ولو وكل في استيفاء القصاص، ثم عفا عنه، فقتله الوكيل من غير علم بعفوه، فقال القاضي: لا تحمله العاقلة؛ لأنه عمد قتله. وقال أبو الخطاب: تحمله العاقلة؛ لأنه لم يقصد الجناية، ومثل هذا يعد خطأ، بدليل ما لو قتل في دار الحرب مسلما يظنه حربيا، فإنه عمد قتله، وهو أحد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨١/٨

نوعي الخطأ. وهذا أصح. ولأصحابالشافعي وجهان، كهذين.

[فصل عمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة]

(٦٧٩٧) فصل: وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا تحمله؛ لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه، فأشبه القتل من البالغ. ولنا، أنه لا يتحقق منهما كمال القصد، فتحمله العاقلة، كشبه العمد، ولأنه قتل لا يوجب القصاص، لأجل العذر، فأشبه الخطأ وشبه العمد. وبهذا فارق ما ذكروه، ويبطل ما ذكروه بشبه العمد.

[المسألة الثالثة لا تحمل العاقلة الصلح]

(٦٧٩٨) المسألة الثالثة: أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعي عليه القتل، فينكره ويصالح المدعي على مال، فلا تحمله العاقلة؛ لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره، فلم تحمله العاقلة، كالذي ثبت باعترافه. وقال القاضي: معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية. والتفسير الأول أولى؛ لأن هذا عمد، فيستغنى عنه بذكر العمد. وممن قال: لا تحمل العاقلة الصلح. ابن عباس، والزهري، والشعبي، والثوري، والليث، والشافعي، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو حملته العاقلة، أدى إلى أن يصالح بمال غيره، ويوجب عليه حقا بقوله.". (١)

٢٦٠. ٢٦٠-"يحمل عقله أحد؛ لأن موالي الأم قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله، وموالي الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته، فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفردا، فيخرج فيه مثل ما قلنا في المسألة التي قبلها.

[فصل جنى الرجل على نفسه خطأ أو علي أطرافه]

(٦٨٠٧) فصل: وإن جنى الرجل على نفسه خطأ، أو على أطرافه، ففيه روايتان. قال القاضي: أظهرهما أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث. وهذا قول الأوزاعي، وإسحاق؛ لما روي أن رجلا ساق حمارا فضربه بعصا كانت معه، فطارت منها شظية، فأصابت عينه ففقأتها فجعل عمر، ديته على عاقلته، وقال: هي يد من أيدي المسلمين، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٣/٨

يصبها اعتداء على أحد. ولم نعرف له مخالفا في عصره. ولأنها جناية خطأ، فكان عقلها على عاقلته، كما لو قتل غيره.

فعلى هذه الرواية، إن كانت العاقلة الورثة، لم يجب شيء؛ لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه، وإن كان بعضهم وارثا، سقط عنه ما يقابل نصيبه، وعليه ما زاد على نصيبه، وله ما بقي إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه. والرواية الثانية، جنايته هدر. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ ربيعة، ومالك، والثوري والشافعي، وأصحابالرأي. وهي **أصح**؛ لأن عامر بن الأكوع بارز مرحبا يوم خيبر، فرجع سيفه على نفسه، فمات، ولم يبلغنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى فيه بدية ولا غيرها، ولو وجبت لبينه النبي – صلى الله عليه وسلم –.

ولأنه جنى على نفسه، فلم يضمنه غيره، كالعمد، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنما كان مواساة للجاني، وتخفيفا عنه، وليس على الجاني هاهنا شيء يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه، فلا وجه لإيجابه. ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره، فإنه لو لم تحمله العاقلة، لأجحف به وجوب الدية لكثرتها. فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد، فهل تجري مجرى الخطأ؟ على وجهين: أحدهما: هي كالخطأ؛ لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره. والثاني، لا تحمله العاقلة؛ لأنه لا عذر له، فأشبه العمد المحض.

[فصل خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد]

(٦٨٠٨) فصل: وأما، خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد، فهو على عاقلته. بغير خلاف، إذا كان مما تحمله العاقلة، وما حصل باجتهاده، ففيه روايتان: إحداهما: على عاقلته أيضا؛ لما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء،". (١)

٢٦١. ٢٦١–"وهل تؤدى من بيت المال في دفعة واحدة، أو في ثلاث سنين؟ على وجهين؛ أحدهما: في ثلاث سنين، على حسب ما يؤخذ من العاقلة. والثاني، يؤدي دفعة واحدة. وهذا **أصح**؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أدى دية الأنصاري دفعة واحدة، وكذلك عمر، ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة، فيجب كله في الحال، كسائر بدل المتلفات، وإنما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٧/٨

حاجة إلى ذلك في بيت المال، ولهذا يؤدى الجميع (٦٨٣٠) الفصل الثاني: إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال، فليس على القاتل شيء. وهذا أحد قولي الشافعي؛ لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء، بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها، ولا تجب على غير من وجبت عليه، كما لو عدم القاتل، فإن الدية لا تجب على أحد، كذا هاهنا.

فعلى هذا، إن وجد بعض العاقلة، حملوا بقسطهم، وسقط الباقي، فلا يجب على أحد، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه. وهذا القول الثاني للشافعي؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبرا للمحل الذي فوته، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل، فإذا لم يؤخذ ذلك، بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول، وبين إيجاب ديته على المتلف، لا يجوز الأول؛ لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة، فتعين الثاني، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله، والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية، ومن رمى سهما ثم أسلم، أو كان مسلما فارتد، أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه، ثم أصاب بسهم إنسانا فقتله، كانت الدية في ماله؛ لتعذر حمل عاقلته عقله، كذلك هاهنا، فنحرر منه قياسا فنقول: قتيل معصوم في دار الإسلام، تعذر حمل عاقلته عقله، فوجب على قاتله، كهذه الصورة.

وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار في أغلب الأحوال، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال، فتضيع الدماء، ويفوت حكم إيجاب الدية. وقولهم: إن الدية تجب على العاقلة ابتداء. ممنوع، وإنما تجب على القاتل، ثم تتحملها العاقلة عنه. وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء، لكن مع وجودهم، أما مع عدمهم، فلا يمكن القول بوجوبها عليهم. ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور. فعلى هذا، تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها، أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها. والله أعلم.

[مسألة دية الحر الكتابي]

(٦٨٣١) مسألة: قال: (ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم، ونساؤهم، على النصف من

دياتهم)". (١)

٢٦٢.   ٢٦٢-"أو فرس؛ لأن الغرة اسم لذلك، وقد جاء في حديث أبي هريرة، قال: «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل» . وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة، ونحوه قال الشعبي؛ لأنه روي في حديث «عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه جعل في ولدها مائة شاة» . رواه أبو داود.

وروي عن عبد الملك بن مروان، أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين دينارا، فإذا كان مضغة، فأربعين، فإذا كان عظما ستين، فإذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين، فإن تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار. قال قتادة: إذا كان علقة فثلث غرة، وإذا كان مضغة فثلثي غرة. ولنا، «قضاء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في إملاص المرأة بعبد أو أمة» ، وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قاضية على ما خالفها. وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس، عن سائر الرواة، فالظاهر أنه وهم فيه، وهو متروك في البغل بغير خلاف، وكذلك في الفرس، وهذا الحديث الذي ذكرناه أصح ما روي فيه، وهو متفق عليه، وقد قال به أكثر أهل العلم، فلا يلتفت إلى ما خالفه.

وقول عبد الملك بن مروان، تحكم بتقدير لم يرد به الشرع، وكذلك قتادة، وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق بالاتباع من قولهما. إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة، فإن أراد دفع بدلها ورضي المدفوع إليه، جاز؛ لأنه حق آدمي، فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل، فله ذلك؛ لأن الحق فيها، فلا يقبل بدلها إلا برضاهما. وتجب الغرة سالمة من العيوب، وإن قل العيب؛ لأنه حيوان وجب بالشرع، فلم يقبل فيه المعيب، كالشاة في الزكاة، ولأن الغرة الخيار، والمعيب ليس من الخيار. ولا يقبل فيها هرمة، ولا ضعيفة، ولا خنثى، ولا خصي، وإن كثرت قيمته؛ لأن ذلك عيب. ولا يتقدر سنها، في ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أبي حنيفة.

وقال القاضي، وأبو الخطاب، وأصحابالشافعي: لا يقبل فيها من له دون سبع سنين؛ لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه، وليس من الخيار. وذكر بعض أصحاب الشافعي، أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة؛ لأنه لا يدخل على النساء، ولا ابنة عشرين؛ لأنها تتغير. وهذا تحكم لم يرد الشرع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٨/٨

به فيجب أن لا يقبل. وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره، يدل على أنه خيار، ولم يشهد لما ذكروه نص، ولا له نظير يقاس عليه، والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية، وأقدر على التصرف، وأنفع في الخدمة، وقضاء الحاجة، وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات، بلا حاجة إلى دخوله عليهن، وإن أريد به سيدته، فليس بصحيح، فإن الله تعالى قال: ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات﴾ [النور: ٥٨] إلى قوله:". (١)

٢٦٣. ٢٦٣-"آدميا، ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه، ويسقط ضمان نصيبه؛ لأنه ملكه. وإن أعتقها الضارب بعد ضربها، وكان معسرا، ثم أسقطت، عتق نصيبه منها ومن ولدها، وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم، وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حرا، يورث عنه بمنزلة مال الجنين، ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية. والباقي لباقي ورثته.

هذا قول القاضي، وقياس قول ابن حامد. وهو مذهب الشافعي. وقياس قول أبي بكر وأبي الخطاب، لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه؛ لأنه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه، والاعتبار في الضمان بحال الجناية، وهي الضرب، ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي.

وهذا أصح، إن شاء الله؛ لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون، فأشبه ما لو جرح حربيا فأسلم، ثم مات بالسراية، ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب، فلا يتجدد ضمانه بعد موته، والأصل براءة ذمته.

وإن كان المعتق موسرا، سرى العتق إليها وإلى جنينها، وفي الضمان الوجهان؛ فعلى قول القاضي، في الجنين غرة موروثة عنه. وعلى قياس قول أبي بكر، عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه، ولا يضمن أمه؛ لأنه قد ضمنها بإعتاقها، فلا يضمنها بتلفها. وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب، وكان معسرا، فلا ضمان على الشريك في نصيبه؛ لأن العتق لم يسر إليه، وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة، يرثها ورثته على قول القاضي. وعلى قياس قول أبي بكر، يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه، يكون لسيده اعتبارا بحال الجناية. وكذلك الحكم في ضمان الأم إذا ماتت من الضربة. وإن كان المعتق موسرا، سرى العتق إليهما، وصارا حرين، وعلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠٧

المعتق ضمان نصف الأم، ولا يضمن نصف الجنين؛ لأنه يدخل في ضمان الأم، كما يدخل في بيعها، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه، على قول القاضي.

وعلى قياس قول أبي بكر، يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه، وليس عليه ضمان نصيبه؛ لأنه ملكه حال الجناية عليه. وأما ضمان الأم، ففي أحد الوجهين، فيها دية حرة، لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها. وعلى الآخر، يضمنها بقيمتها لسيدها، كما تقدم من قطع يد عبد، ثم أعتق ومات.

[فصل ضرب بطن أمته ثم أعتقها]

(٦٨٥٤) فصل: ولو ضرب بطن أمته، ثم أعتقها، ثم أسقطت جنينا ميتا، لم يضمنه. في قياس قول أبي بكر؛ لأن جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها، فلم يضمن سرايتها، كما لو خرج مرتدا فأسلم، ثم مات، ولأن موت". (١)

٢٦٤. ٢٦٤-"[فصل ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا]

(٦٨٩٤) فصل: إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا، أو ضرب ملفوفا فقده، أو ألقى عليه حائطا، أو ادعى أنه كان ميتا، وأنكر وليه ذلك، فالقول قول الولي مع يمينه. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما ادعاه محتمل، فلا نزول عن اليقين بالشك. ولنا، أن الأصل حياة المجني عليه وحريته، فيجب الحكم ببقائه، كما لو قتل من كان مسلما، وادعى أنه ارتد قبل قتله. وبهذا يبطل ما ذكره. وهكذا لو قتل في دار الإسلام إنسانا، وادعى أنه كان كافرا، وأنكر وليه، فالقول قول الولي؛ لأن الدار دار الإسلام، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها. وإن قطع عضوا وادعى شلله، أو قلع عينا وادعى عماها، وأنكر الولي، فالقول قول المجني عليه؛ لأن الأصل السلامة. وكذلك لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كف، أو قطع ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم.

وقال القاضي: إن اتفقا على أنه كان بصيرا، فالقول قول المجني عليه، وإلا فالقول قول الجاني. وهذا مذهب الشافعي. وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو؛ لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٢/٨

عليه، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه، أنه كان يتبع الشخص بصره، ويتوقى ما يتوقاه البصير، ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه، ويعدل في العطفات خلف من يطلبه. ولنا، أن الأصل السلامة، فكان القول قول من يدعيه، كما لو اختلفا في إسلام المقتول وحياته. وقولهم: لا تتعذر إقامة البينة عليه. قلنا: وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني، فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها. فإن قالوا هاهنا: ما ثبت أن الأصل وجود البصر. قلنا: الظاهر يقوم مقام الأصل، ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته وإسلامه.

[فصل زاد في القصاص من الجراح]

(٦٨٩٥) فصل: وإن زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطرابه. وأنكر المجني عليه، ففيه وجهان؛ أحدهما، القول قول المقتص منه؛ لأن الأصل عدم الاضطراب، ووجوب الضمان. والثاني؛ القول قول المقتص؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما يدعيه محتمل. والأول أصح؛ فإن الجرح سبب وجوب الضمان، وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه، الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعا عن نفسه، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.". (١)

٢٦٥. ٢٦٥-"سواء» . يعني الإبهام والخنصر. أخرجه البخاري، وأبو داود. وفي كتاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمرو بن حزم: «وفي كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل» . ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية، فكان سواء في الدية، كالأسنان، والأجفان، وسائر الأعضاء. ودية كل إصبع مقسومة على أناملها، وفي كل إصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام، فإنها أنملتان، ففي كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ثلاثة أبعرة وثلث، وفي كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل، نصف ديتها. وحكي عن مالك، أنه قال: الإبهام أيضا ثلاث أنامل، إحداها باطنة. وليس هذا بصحيح، فإن الاعتبار بالظاهر، فإن قوله - عليه السلام - «في كل إصبع عشر من الإبل» . يقتضي وجوب العشر في الظاهر؛ لأنها هي الإصبع التي يقع عليها الاسم دون ما بطن منها، كما أن السن

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٤

التي يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها. والحكم في أصابع اليدين والرجلين سواء؛ لعموم الخبر فيهما، وحصول الاتفاق عليهما.

[فصل دية الإصبع الزائدة]

(٦٩٥٢) فصل: وفي الإصبع الزائدة حكومة. وبذلك قال الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي. وعن زيد بن ثابت، أن فيها ثلث دية الإصبع. وذكر القاضي أنه قياس المذهب، على رواية إيجاب الثلث في اليد الشلاء. والأول **أصح**؛ لأن التقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف، أو بمماثلته لما فيه توقيف، وليس ذلك هاهنا، لأن اليد الشلاء يحصل بها الجمال، والإصبع الزائدة لا جمال فيها في الغالب، ولأن جمال اليد الشلاء لا يكاد يختلف، والإصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها وحسنها وقبحها، فكيف يصح قياسها على اليد؟ ،.

[مسألة دية البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط]

(٦٩٥٣) مسألة: قال: (وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية، وفي المثانة إذا لم يستمسك البول الدية) وبهذا قال ابن جريج، وأبو ثور، وأبو حنيفة. ولم أعلم فيه مخالفا، إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى، فيها ثلث الدية. والصحيح الأول؛ لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة، ليس في البدن مثله، فوجب في تفويت منفعته دية كاملة، كسائر الأعضاء المذكورة، فإن نفع المثانة حبس البول، وحبس البطن الغائط منفعة مثلها، والنفع بهما كثير، والضرر بفواتهما عظيم، فكان في كل واحدة منهما الدية، كالسمع والبصر. وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة، وجب على الجاني ديتان، كما لو أذهب سمعه وبصره بجناية واحدة.". (١)

٢٦٦. ٢٦٦-"الخلقة هكذا؛ لأن المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته، فيثبت حكمه في بعض ديتها، كما لو كان طارئا.

[فصل دية لسان الأخرس]

فصل: وفي لسان الأخرس روايتان أيضا، كالروايتين في اليد الشلاء. وكذلك كل عضو ذهبت منفعته،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٤/٨

وبقيت صورته، كالرجل الشلاء، والإصبع والذكر إذا كان أشل، وذكر الخصي والعنين إذا قلنا: لا تكمل ديتهما. وأشباه هذا، فكله يخرج على الروايتين؛ إحداهما؛ فيه ثلث ديته. والأخرى، حكومة.

[فصل دية اليد أو الرجل أو الإصبع أو السن الزوائد]

(٦٩٦٣) فصل: فأما اليد أو الرجل أو الإصبع أو السن الزوائد، ونحو ذلك، فليس فيه إلا حكومة. وقال القاضي: هذا في معنى اليد الشلاء، فتكون على قياسها، يخرج على الروايتين. والذي ذكرناه أصح؛ لأنه لا تقدير في هذا، ولا هو في معنى المقدر، ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله؛ لأن هذه الزوائد لا جمال فيها، إنما هي شين في الخلقة، وعيب يرد به المبيع، وتنقص به القيمة، فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما، لكنه يخالف جمال العضو الذي يحصل به تمام الخلقة، ويختلف في نفسه اختلافا كثيرا، فوجبت فيه الحكومة. ويحتمل أن لا يجب فيه شيء؛ لما ذكرنا.

[فصل دية قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه]

(٦٩٦٤) فصل: واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته، وقطع الكف بعد أصابعه؛ فروى أبو طالب عن أحمد، فيه ثلث ديته، وكذلك شحمة الأذن. وعن أحمد في ذلك كله حكومة. والصحيح في هذا، أن فيه حكومة؛ لعدم التقدير فيه، وامتناع قياسه على ما فيه تقدير، لأن الأشل بقيت صورته، وهذا لم تبق صورته، إنما بقي بعض ما فيه الدية، أو أصل ما فيه الدية. فأما قطع الذراع بعد قطع الكف، والساق بعد قطع القدم، فينبغي أن تجب الحكومة فيه، وجها واحدا؛ لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه، يفضي إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحدا، مع تفاوتهما وعدم النص فيهما. والله أعلم.". (١)

٢٦٧. ٢٦٧-"فلا شيء على الجاني؛ لأن الحكومة لأجل جبر النقص، ولا نقص هاهنا، فأشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر، وإن زادته الجناية حسنا، فالجاني محسن بجنايته، فلم يضمن، كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا، وبط خراجا. ويحتمل أن يضمن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٨/٨

قال القاضي: نص أحمد على هذا؛ لأن هذا جزء من مضمون، فلم يعر عن ضمان، كما لو أتلف مقدر الأرش فازداد به جمالا، أو لم ينقصه شيئا، فعلى هذا يقوم في هذا أقرب الأحوال إلى البرء؛ لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه، قوم في أقرب الأحوال إليه، كولد المغرور، لما تعذر تقويمه في البطن، قوم عند الوضع؛ لأنه أقرب الأحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن. وإن لم ينقص في تلك الحال، قوم والدم جار؛ لأنه لا بد من نقص للخوف عليه. ذكره القاضي. ولأصحابالشافعي وجهان، كما ذكرنا. وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته. وإن أتلف سنا زائدة، قوم وليس له سن، ولا خلفها أصلية، ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة. فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيرا، وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيرا، قدرناها ابن عشرين؛ لأنه أقرب الأحوال إلى حال المجني عليه، فأشبه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال، فإنا نقومه في أقرب أحوال النقص إلى حال الاندمال.

والأول أصح، إن شاء الله، فإن هذا لا مقدر فيه، ولم ينقص شيئا، فأشبه الضرب، وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم، إنما هو تضمين الخوف عليه، وقد زال، فأشبه ما لو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة، أو احمر، ثم زال ذلك. وتقدير المرأة رجلا لا يصح؛ لأن اللحية زين للرجل، وعيب فيها، وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح، وكذلك تقدير السن في حالة إيراد زوالها، بحالة تكره، لا يجوز؛ فإن الشيء يقدر بنظيره، ويقاس على مثله، لا على ضده، ومن قال بهذا الوجه، فإنما يوجب أدنى ما يمكن إيجابه، وهو أقل نقص يمكن تقديره.

[فصل لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه]

(٧٠٠٢) فصل: وإن لطمه على وجهه، فلم يؤثر في وجهه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة، ولم يكن له حال ينقص فيها، فلم يضمنه، كما لو شتمه. وإن سود وجهه أو خضره، ضمنه بديته؛ لأنه فوت الجمال على الكمال، فضمنه بديته، كما لو قطع أذني الأصم، وأنف الأخشم. وقال الشافعي: ليس فيه إلا حكومة؛ لأنه لا مقدر فيه، ولا هو نظير لمقدر. وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال، بل هو أعظم في ذلك، فيكون بإيجاب الدية أولى. وإن زال السواد، يرد ما أخذه؛ لزوال سبب الضمان.

وإن زال بعضه، وجبت فيه حكومة، ورد الباقي. وإن صفر وجهه أو حمره، ففيه حكومة؛ لأن الجمال لم يذهب على الكمال، وهذا يشبه ما لو سود سنه، أو غير لونها، على ما ذكرنا من التفصيل فيها.

[مسألة كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر]

(٧٠٠٣) مسألة: قال: (وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر، ففيه ما نقصه بعد التئام الجرح،". (١)

٢٦٨. ٢٦٨-"عنه القصاص. ولأن الدعوى على الأول شبهة في درء القصاص عن الثاني: وتجب الدية عليه؛ لإقراره بالقتل الموجب لها. وهذا القول أصح وأعدل، مع شهادة الأثر بصحته.

[الفصل الثالث الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث]

(٧٠٢٢) الفصل الثالث: أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث، شرعت اليمين في حق المدعين أولا، فيحلفون خمسين يمينا على المدعى عليه أنه قتله، وثبت حقهم قبله، فإن لم يحلفوا، استحلف المدعى عليه خمسين يمينا، وبرئ. وبهذا قال يحي بن سعيد، وربيعة، وأبو الزناد، ومالك، والشافعي. وقال الحسن: يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا، ويبرءون.

فإن أبوا أن يحلفوا، استحلف خمسون من المدعين، أن حقنا قبلكم، ثم يعطون الدية؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولكن اليمين على المدعى عليه» . رواه مسلم. وفي لفظ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» . رواه الشافعي، في " مسنده ". وروى أبو داود، بإسناده عن سليمان بن يسار، عن رجال من الأنصار «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لليهود، وبدأ بهم: يحلف منكم خمسون رجلا. فأبوا، فقال للأنصار: استحقوا قالوا: نحلف على الغيب يا رسول الله. فجعلها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على اليهود» ؛ لأنه وجد بين أظهرهم؛ ولأنها يمين في دعوى، فوجبت في جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى. وقال الشعبي، والنخعي، والثوري، وأصحابالرأي: يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل، بالله ما قتلناه، ولا علمنا قاتلا، ويغرمون الدية؛ لقضاء عمر، بذلك. ولم نعرف له في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا.

وتكلموا في حديث سهل بما روى أبو داود، عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي، عن عبد الرحمن بن بجيد بن قبطي، أحد بني حارثة؛ قال محمد بن إبراهيم: وايم الله، ما كان سهل بأعلم منه، ولكنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٨٤

كان أسن منه، قال: والله ما قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «احلفوا على ما لا علم لكم به، ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الأنصار: إنه وجد بين أبياتكم قتيل فدوه.". (١)

٢٦٩. ٢٦٩–"الدعوى على واحد، فأقر ثبت القتل، وإن أنكر وثم بينة، حكم بها، وإلا صار الأمر إلى الأيمان. وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد، لم يخل من أربعة أحوال؛ أحدها، أن يقول: قتله هذا، وهذا تعمد قتله. ويصف العمد بصفته، فيقال له: عين واحدا.

فإن القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد. الحال الثاني: أن يقول: تعمد هذا، وهذا كان خاطئا، فهو يدعي قتلا غير موجب للقود، فيقسم عليهما، ويأخذ نصف الدية من مال العامد، ونصفها من عاقلة المخطئ. الحال الثالث؛ أن يقول: عمد هذا، ولا أدري أكان قتل الثاني عمدا أو خطأ؟ فقيل: لا تسوغ القسامة هاهنا؛ لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئا، فيكون موجبها الدية عليهما. ويحتمل أن يكون عامدا، فلا تسوغ القسامة عليهما، ويجب تعيين واحد، والقسامة عليه، فيكون موجبها القود، فلم تجز القسامة مع هذا. فإن عاد فقال: علمت أن الآخر كان عامدا. فله أن يعين واحدا، ويقسم عليه.

وإن قال: كان مخطئا. ثبتت القسامة حينئذ، ويسأل، فإن أنكر، ثبتت القسامة. وإن أقر ثبت عليه القتل، ويكون عليه نصف الدية في ماله؛ لأنه ثبت بإقراره لا بالقسامة. وقال القاضي: يكون على عاقلته. والأول أصح؛ لأن العاقلة لا تحمل اعترافا. الحال الرابع، أن يقول: قتلاه خطأ، أو شبه عمد، أو أحدهما خاطئ، والآخر شبه العمد. فله أن يقسم عليهما. فإن ادعى أنه قتل وليه عمدا، فسئل عن تفسير العمد، ففسره بعمد الخطإ، قبل تفسيره، وأقسم على ما فسره به؛ لأنه أخطأ في وصف القتل بالعمدية. ونقل المزني، عن الشافعي: لا يحلف عليه؛ لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال.

ولنا، أن دعواه قد تحررت، وإنما غلط في تسمية شبه العمد عمدا، وهذا مما يشتبه، فلا يؤاخذ به. ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل، لم يعتد باليمين؛ لأن الدعوى لا تسمع غير محررة، فكأنه حلفه قبل الدعوى، ولأنه إنما يحلفه ليوجب له ما يستحقه، فإذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه، لم يحصل المقصود باليمين، فلم يصح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٩٨

[فصل للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله]

(٧٠٤٣) فصل: قال القاضي: يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل، إذا غلب على ظنهم أنه قتله، وإن كانوا غائبين عن مكان القتل؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال للأنصار: «تحلفون، وتستحقون دم صاحبكم» . وكانوا بالمدينة، والقتل بخيبر. ولأن الإنسان يحلف على غالب ظنه، كما أن من اشترى من إنسان شيئا، فجاء آخر يدعيه، جاز أن يحلف أنه لا يستحقه؛ لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه، وكذلك إذا وجد شيئا". (١)

٢٧٠. ٢٧٠–"قد أوسعها غير المشهود عليه، فيجب أن يعينها الشاهدان، فيقولان: هذه. وإن قالا: أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا. قبلت شهادتهما. وإن قالا: لا نعلم قدرها، أو موضعها. لم يحكم بالقصاص؛ لأنه يتعذر مع الجهالة، وتجب الدية؛ لأنها لا تختلف باختلافها.

وإن قالا: ضرب رأسه، فأسال دمه. كانت بازلة. وإن قالا: فسال دمه. لم يثبت شيء؛ لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر. وإن قالا: نشهد أنه ضربه، فقطع يده. ولم يكن أقطع اليدين، قبلت شهادتهما، وثبت القصاص؛ لعدم الاشتباه. وإن كان أقطع اليدين، ولم يعينا المقطوعة، لم يثبت القصاص؛ لأنهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها، وتجب دية اليدين؛ لأنها لا تختلف باختلاف اليدين.

[فصل شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا وشهد الآخر أنه أقر بقتله]

(٧٠٦١) فصل: إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا، وشهد الآخر أنه أقر بقتله. ولم يقل: عمدا ولا خطأ. ثبت القتل؛ لأن البينة قد تمت عليه، ولم تثبت صفته؛ لعدم تمامها عليه، ويسأل المشهود عليه عن صفته، فإن أنكر أصل القتل، لم يقبل إنكاره، لقيام البينة به، وإن أقر بقتل العمد، ثبت بإقراره. وإن أقر بقتل الخطإ، وأنكر الولي، فالقول قول القاتل. وهل يستحلف على ذلك؟ يخرج فيه وجهان. وإن صدقه الولي على الخطإ، ثبت عليه. وإن أقر بقتل العمد، وكذبه الولي، وقال: بل كان خطأ. لم يجب القود؛ لأن الولي لا يدعيه، وتجب دية الخطإ.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١١/٨

ولا تحمل العاقلة شيئا من ديته في هذه المواضع كلها، وتكون في ماله، لأنها لم تثبت ببينة، وفي بعضها القاتل مقر بأنها في ماله دون مال عاقلته. وإن قال أحد الشاهدين: أشهد أنه أقر بقتله عمدا. وقال الآخر: أشهد أنه أقر بقتله خطأ. ثبت القتل أيضا؛ لأنه لا تنافي بين شهادتيهما؛ لأنه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد، ويقر عند الآخر بقتل الخطإ، فثبت إقراره بالقتل دون صفته، ويطالب ببيان صفته، على ما ذكرنا في التي قبلها. وإن شهد أحدهما أنه قتله عمدا، وشهد الآخر أنه قتله خطأ، ثبت القتل أيضا دون صفته، ويطالب ببيان صفته، على ما ذكرنا، لأن الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ، والآخر عمدا، ويكون الحكم كما لو شهد على إقراره بذلك.

وإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة؛ وقال الآخر: عشية. وقال أحدهما: قتله بسيف. وقال الآخر: بعصا. لم تتم الشهادة. ذكره القاضي؛ لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو بكر: يثبت القتل بذلك؛ لأنهما اتفقا على القتل، واختلفا في صفته، فأشبه التي قبلها. والأول **أصح**؛ لأن كل واحد من الشاهدين يكذب صاحبه، فإن القتل غدوة غير القتل عشية؛ ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشية، ولا أن يقتل بسيف، ثم يقتل بعصا، بخلاف العمد والخطإ؛". (١)

٢٧١. ٢٧١-"ووجه ترك الصلاة عليهم، أنهم يكفرون أهل الإسلام، ولا يرون الصلاة عليهم، فلا يصلى عليهم، كالكفار من أهل الذمة وغيرهم، ولأنهم مرقوا من الدين، فأشبهوا المرتدين.

[فصل البغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين]

(٧٠٧٦) فصل: والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع، ليسوا بفاسقين، وإنما هم يخطئون في تأويلهم، والإمام وأهل العدل مصيبون في قتالهم، فهم جميعا كالمجتهدين من الفقهاء في الأحكام، من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلا. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافا. فأما الخوارج، وأهل البدع، إذا خرجوا على الإمام، فلا تقبل شهادتهم، لأنهم فساق. وقال أبو حنيفة: يفسقون بالبغي، وخروجهم على الإمام، ولكن تقبل شهادتهم؛ لأن فسقهم من جهة الدين، فلا ترد به الشهادة، وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض. ويذكر ذلك في كتاب الشهادة، إن شاء الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥١٩

تعالى.

[فصل لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي]

(٧٠٧٧) فصل: ذكر القاضي أنه لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي؛ لأنه قتل بحق، فأشبه إقامة الحد عليه. وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك. وهو **أصح**، إن شاء الله تعالى؛ لقول الله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾ [لقمان: ١٥] . وقال الشافعي: «كف النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه» . وقال بعضهم: لا يحل ذلك؛ لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف، وليس هذا من المعروف.

فإن قتله، فهل يرثه؟ على روايتين؛ إحداهما، يرثه. هذا قول أبي بكر، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه قتل بحق، فلم يمنع الميراث، كالقصاص والقتل في الحج. والثانية: لا يرثه. وهو قول ابن حامد، ومذهب الشافعي؛ لعموم قوله - عليه السلام -: «ليس لقاتل شيء» . فأما الباغي إذا قتل العادل، فلا يرثه. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرثه؛ لأنه قتله بتأويل، أشبه قتل العادل الباغي. ولنا أنه قتله بغير حق، فلم يرثه، كالقاتل خطأ، وفارق ما إذا قتله العادل، لأنه قتله بحق. وقال قوم: إذا تعمد العادل قتل قريبه، فقتله ابتداء؛ لم يرثه، وإن قصد ضربه، ليصير غير ممتنع، فجرحه، ومات من هذا الضرب، ورثه؛ لأنه قتله بحق. وهذا قول ابن المنذر. وقال: هو أقرب الأقاويل.". (١)

٢٧٢. ٢٧٢-"مكانه، وهذا **أصح** قوليه. وهو قول ابن المنذر؛ لحديث أم مروان، ومعاذ، ولأنه مصر على كفره، أشبه بعد الثلاث.

وقال الزهري: يدعى ثلاث مرات، فإن أبى، ضربت عنقه. وهذا يشبه قول الشافعي. وقال النخعي: يستتاب أبدا. وهذا يفضي إلى أن لا يقتل أبدا، وهو مخالف للسنة والإجماع. وعن علي، أنه استتاب رجلا شهرا. ولنا حديث عمر، ولأن الردة إنما تكون لشبهة، ولا تزول في الحال، فوجب أن ينتظر مدة يرتئي فيها، وأولى ذلك ثلاثة أيام، للأثر فيها، وإنها مدة قريبة. وينبغي أن يضيق عليه في مدة الاستتابة، ويحبس؛ لقول عمر: هلا حبستموه، وأطعمتموه كل يوم رغيفا؟ ويكرر دعايته، لعله يتعطف

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٦/٨

قلبه، فيراجع دينه.

[الفصل الرابع المرتد إن لم يتب قتل]

(٧٠٨٧) الفصل الرابع: أنه إن لم يتب قتل؛ لما قدمنا ذكره. وهو قول عامة الفقهاء، ويقتل بالسيف؛ لأنه آلة القتل، ولا يحرق بالنار. وقد روي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه -؛ أنه أمر بتحريق المرتدين، وفعل ذلك بهم خالد. والأول أولى؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من بدل دينه فاقتلوه، ولا تعذبوا بعذاب الله» . يعني النار. أخرجه البخاري، وأبو داود. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة.»

[الفصل الخامس المرتد إذا تاب قبلت توبته ولم يقتل]

(٧٠٨٨) الفصل الخامس: أن مفهوم كلام الخرقي، أنه إذا تاب قبلت توبته، ولم يقتل، أي كفر كان، وسواء كان زنديقا يستسر بالكفر، أو لم يكن. وهذا مذهب الشافعي، والعنبري. ويروى ذلك عن علي، وابن مسعود، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أبي بكر الخلال، وقال: إنه أولى على مذهب أبي عبد الله. والرواية الأخرى، لا تقبل توبة الزنديق، ومن تكررت ردته. وهو قول مالك، والليث، وإسحاق. وعن أبي حنيفة روايتان، كهاتين، واختار أبو بكر أنه لا تقبل توبة الزنديق؛ لقول الله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا﴾ [البقرة: ١٦٠] .

والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته؛ لأنه كان". (١)

٢٧٣. ٢٧٣-"لا تأخذون إلا بما في كتاب الله؟ قالوا: نعم. قال: فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات، وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها، أين تجدونه في كتاب الله تعالى؟ وأخبروني عما تجب الزكاة فيه، ومقاديرها ونصبها؟ فقالوا: أنظرنا فرجعوا يومهم ذلك، فلم يجدوا شيئا مما سألهم عنه في القرآن. فقالوا: لم نجده في القرآن. قال: فكيف ذهبتم إليه؟ قالوا: لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله وفعله المسلمون بعده. فقال لهم فكذلك الرجم، وقضاء الصوم، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون، وأمر النبي بقضاء الصوم دون الصلاة، وفعل ذلك نساؤه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦

ونساء أصحابه. إذا ثبت هذا، فمعنى الرجم أن يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت. ولأن إطلاق الرجم يقتضي القتل به، كقوله تعالى: ﴿لتكونن من المرجومين﴾ [الشعراء: ١١٦] . وقد «رجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اليهوديين اللذين زنيا، وماعزا، والغامدية، حتى ماتوا.»

[فصل كيف يقام الحد على الزاني الرجل]

فصل: وإذا كان الزاني رجلا أقيم قائما، ولم يوثق بشيء ولم يحفر له، سواء ثبت الزنى ببينة أو إقرار. لا نعلم فيه خلافا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحفر لماعز. قال أبو سعيد: «لما أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع، فوالله ما حفرنا له، ولا أوثقناه، ولكنه قام لنا» . رواه أبو داود. ولأن الحفر له، ودفن بعضه، عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه، فوجب أن لا تثبت. وإن كان امرأة، فظاهر كلام أحمد، أنها لا يحفر لها أيضا. وهو الذي ذكره القاضي في " الخلاف "، وذكر في " المجرد " أنه إن ثبت الحد بالإقرار، لم يحفر لها، وإن ثبت بالبينة، حفر لها إلى الصدر.

قال أبو الخطاب: وهذا أصح عندي. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لما روى أبو بكر وبريدة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم امرأة، فحفر لها إلى الثندوة» . رواه أبو داود. ولأنه أستر لها، ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب، لكون الحد ثبت بالبينة، فلا يسقط بفعل من جهتها، بخلاف الثابت بالإقرار، فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه؛ لأن رجوعها عن إقرارها مقبول. ولنا، أن أكثر الأحاديث على ترك الحفر، فإن «النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحفر للجهنية، ولا لماعز، ولا لليهوديين» ، والحديث الذي احتجوا به غير معمول به، ولا يقولون به، فإن التي نقل عنه الحفر لها، ثبت حدها بإقرارها، ولا خلاف بيننا فيها، فلا يسوغ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم له. إذا ثبت هذا، فإن ثياب المرأة تشد عليها، كي لا تنكشف.

وقد روى أبو داود، بإسناده عن عمران بن حصين، قال: فأمر بها النبي - صلى الله عليه وسلم -، فشدت عليها ثيابها. ولأن ذلك أستر لها.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٦

٢٧٤. ٢٧٤-"الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة. وقال محمد بن الحسن: لا يكتفى به حتى تقول: جامعها أو باضعها. أو نحوه؛ لأن الدخول يطلق على الخلوة بها، ولهذا تثبت بها أحكامه. وهذا **أصح** القولين، إن شاء الله تعالى. فأما إذا قالت: جامعها أو باضعها. فلم نعلم خلافا في ثبوت الإحصان، وهكذا ينبغي إذا قالت: وطئها. فإن قالت: باشرها، أو مسها، أو أصابها، أو أتاها. فينبغي أن لا يثبت به الإحصان؛ لأن هذا يستعمل فيما دون الجماع في الفرج كثيرا، فلا يثبت به الإحصان الذي يندرئ بالاحتمال

[فصل جلد الزاني على أنه بكر ثم بان محصنا]

(٧١٤١) فصل: وإذا جلد الزاني على أنه بكر، ثم بان محصنا، رجم؛ لما روى جابر، «أن رجلا زنى بامرأة، فأمر به رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فجلد الحد، ثم أخبر أنه محصن، فرجم» . رواه أبو داود. ولأنه وجب الجمع بينهما، فقد أتى ببعض الواجب، فيجب إتمامه، وإن لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب، فيجب أن يأتي به.

[مسألة ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما الزاني البكر والمحصن]

(٧١٤٢) مسألة: قال: (ويغسلان، ويكفنان، ويصلى عليهما ويدفنان) لا خلاف في تغسيلهما ودفنهما، وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما. قال الإمام أحمد: سئل علي – رضي الله عنه – عن شراحة وكان رجمها، فقال: اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم. وصلى علي على شراحة. وقال مالك: من قتله الإمام في حد لا نصلي عليه؛ لأن جابرا قال في حديث ماعز: فرجم حتى مات، فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم – خيرا، ولم يصل عليه. متفق عليه. ولنا، ما روى أبو داود، بإسناده عن عمران بن حصين، في حديث الجهنية: «فأمر بها النبي – صلى الله عليه وسلم – فرجمت، ثم أمرهم فصلوا عليها، فقال عمر: يا رسول الله أتصلي عليها وقد زنت؟ فقال: والذي نفسي بيده، لقد تابت توبة، لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها؟» ورواه الترمذي وفيه: فرجمت، وصلى عليها. وقال: حديث حسن صحيح. وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله» . ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صلي عليه، فيصلى عليه بعده، كالسارق.

وأما خبر ماعز، فيحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يحضره، أو اشتغل عنه بأمر، أو غير

ذلك، فلا يعارض ما رويناه

[مسألة زنى الحر البكر]

مسألة؛ قال: (وإذا زنى الحر البكر، جلد مائة، وغرب عاما)". (١)

٢٧٥. ٢٧٥-"أنه قال: فسألت رجالا من أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام. وهذا يدل على أن هذا كان مشهورا عندهم، من حكم الله تعالى، وقضاء رسوله - صلى الله عليه وسلم -.

وقد قيل: إن الذي قال له هذا هو أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما -. ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون، ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا، ولأن الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب، وكذلك في حق البكر، وما رووه عن علي لا يثبت؛ لضعف رواته وإرساله. وقول عمر: لا أغرب بعده مسلما. فيحتمل أنه أراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربيعة فيه. وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس؛ لأن ما كان حدا في الرجل، يكون حدا في المرأة كسائر الحدود.

وقول مالك فيما يقع لي، أصح الأقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم، والقياس على سائر الحدود لا يصح؛ لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها، بخلاف هذا الحد، ويمكن قلب هذا القياس، بأنه حد، فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل، كسائر الحدود

[فصل تغريب البكر الزاني]

(٧١٤٤) فصل: ويغرب البكر الزاني حولا كاملا، فإن عاد قبل مضي الحول، أعيد تغريبه، حتى يكمل الحول مسافرا، ويبني على ما مضى. ويغرب الرجل إلى مسافة القصر؛ لأن ما دونها في حكم الحضر، بدليل أنه لا يثبت في حقه أحكام المسافرين، ولا يستبيح شيئا من رخصهم. فأما المرأة، فإن خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر، وإن لم يخرج معها محرمها، فقد نقل عن أحمد، أنها تغرب إلى مسافة القصر، كالرجل. وهذا مذهب الشافعي. وروي عن أحمد أنها تغرب إلى دون مسافة القصر؛ لتقرب من أهلها، فيحفظوها. ويحتمل كلام أحمد أن لا يشترط في التغريب مسافة القصر، فإنه قال،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢

في رواية الأثرم: ينفى من عمله إلى عمل غيره. وقال أبو ثور، وابن المنذر: لو نفي إلى قرية أخرى، بينهما ميل أو أقل، جاز.
وقال إسحاق: يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر. ونحوه قال ابن أبي ليلى؛ لأن النفي ورد مطلقا غير مقيد، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، والقصر يسمى سفرا، ويجوز فيه التيمم، والنافلة على الراحلة. ولا يحبس في البلد الذي نفي إليه. وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس. ولنا، أنه زيادة لم يرد بها الشرع، فلا تشرع، كالزيادة على العام.

[فصل زنى الغريب]
(٧١٤٥) فصل: وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه. وإن زنى في البلد الذي غرب إليه، غرب منه إلى غير البلد الذي غرب منه؛ لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان، ولأنه قد أنس بالبلد الذي سكنه، فيبعد عنه.". (١)

٢٧٦. ٢٧٦-"كانت المدعوة ممن له فيها شبهة، كالجارية المشتركة، أو لم يكن؛ لأنه لا يعذر بهذا، فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه أو عبده، فبان أجنبيا.

[فصل لم يعلم تحريم الزنى]
(٧١٦٤) فصل: ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنى. قال عمر، وعثمان، وعلي، لا حد إلا على من علمه. وبهذا قال عامة أهل العلم. فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث العهد بالإسلام والناشئ ببادية، قبل منه؛ لأنه يجوز أن يكون صادقا، وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك، كالمسلم الناشئ بين المسلمين، وأهل العلم، لم يقبل؛ لأن تحريم الزنى لا يخفى على من هو كذلك، فقد علم كذبه. وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل، قبل قوله؛ لأن عمر قبل قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهل كثيرا، ويخفى على غير أهل العلم.

[فصل وطئ جارية غيره]
(٧١٦٥) فصل: فإن وطئ جارية غيره، فهو زان. سواء كان بإذنه أو غير إذنه؛ لأن هذا مما لا يستباح

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤

بالبذل والإباحة، وعليه الحد إلا في موضعين؛ أحدهما، الأب إذا وطئ جارية ولده، فإنه لا حد عليه. في قول أكثر أهل العلم؛ منهم مالك، وأهل المدينة، والأوزاعي، والشافعي، وأصحابالرأي. وقال أبو ثور، وابن المنذر: عليه الحد، إلا أن يمنع منه إجماع؛ لأنه وطء في غير ملك، أشبه وطء جارية أبيه. ولنا، أنه وطء تمكنت الشبهة منه، فلا يجب به الحد، كوطء الجارية المشتركة، والدليل على تمكن الشبهة قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أنت ومالك لأبيك» . فأضاف مال ولده إليه، وجعله له، فإذا لم تثبت حقيقة الملك، فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرئ بالشبهات، ولأن القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك، والأوزاعي، ومن وافقهما، قد اشتهر قولهم، ولم يعرف لهم مخالف، فكان ذلك إجماعا، ولا حد على الجارية؛ لأن الحد انتفى عن الواطئ لشبهة الملك، فينتفي عن الموطوءة، كوطء الجارية المشتركة؛ ولأن الملك من قبيل المتضايفات، إذا ثبت في أحد المتضايفين ثبت في الآخر، فكذلك شبهته، ولا يصح القياس على وطء جارية الأب؛ لأنه لا ملك للولد فيها، ولا شبهة ملك، بخلاف مسألتنا. وذكر ابن أبي موسى قولا في وطء جارية الأب والأم، أنه لا يحد؛ لأنه لا يقطع بسرقة ماله، أشبه الأب. والأول أصح، وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه.". (١)

٢٧٧. ٢٧٧–"ونحوه. نص عليه أحمد، في راع جاءته امرأة، قد عطشت، فسألته أن يسقيها، فقال لها: أمكنيني من نفسك. قال: هذه مضطرة.

وقد روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أن امرأة استسقت راعيا، فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها، ففعلت، فرفع ذلك إلى عمر، فقال لعلي: ما ترى فيها؟ قال: إنها مضطرة. فأعطاها عمر شيئا، وتركها.

[فصل أكره الرجل فزنى]

(٧١٦٧) فصل: وإن أكره الرجل فزنى، فقال أصحابنا : عليه الحد. وبه قال محمد بن الحسن، وأبو ثور؛ لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار، والإكراه ينافيه. فإذا وجد الانتشار انتفى الإكراه، فيلزمه الحد، كما لو أكره على غير الزنى، فزنى. وقال أبو حنيفة: إن أكرهه السلطان، فلا حد عليه، وإن أكرهه غيره، حد استحسانا. وقال الشافعي، وابن المنذر: لا حد عليه؛ لعموم الخبر، ولأن الحدود

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨

تدرأ بالشبهات، والإكراه شبهة، فيمنع الحد، كما لو كانت امرأة، يحققه أن الإكراه، إذا كان بالتخويف، أو بمنع ما تفوت حياته بمنعه، كان الرجل فيه كالمرأة، فإذا لم يجب عليها الحد، لم يجب عليه. وقولهم: إن التخويف ينافي الانتشار. لا يصح؛ لأن التخويف بترك الفعل، والفعل لا يخاف منه، فلا يمنع ذلك. وهذا أصح الأقوال، إن شاء الله تعالى.

[مسألة قال حد اللواط]

(٧١٦٨) مسألة: قال: (ومن تلوط، قتل، بكرا كان أو ثيبا، في إحدى الروايتين، والأخرى حكمه حكم الزاني) أجمع أهل العلم على تحريم اللواط، وقد ذمه الله تعالى في كتابه، وعاب من فعله، وذمه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال الله تعالى: ﴿ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾ [الأعراف: ٨٠] ﴿إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون﴾ [الأعراف: ٨١] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط» .

واختلفت الرواية عن أحمد، - رحمه الله -، في حده؛ فروي عنه، أن حده الرجم، بكرا كان أو ثيبا. وهذا قول علي، وابن عباس، وجابر بن زيد، وعبد الله بن معمر، والزهري، وأبي حبيب، وربيعة، ومالك، وإسحاق، وأحد قولي الشافعي والرواية الثانية، أن حده حد الزاني. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، والنخعي، وقتادة، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد". (١)

٢٧٨. ٢٧٨-"[فصل كمل شهود الزنا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم]

(٧١٨٦) فصل: وإن كملوا أربعة غير مرضيين، أو واحد منهم، كالعبيد والفساق والعميان، ففيهم ثلاث؛ روايات؛ إحداهن: عليهم الحد. وهو قول مالك. قال القاضي: هذا الصحيح؛ لأنها شهادة لم تكمل، فوجب الحد على الشهود، كما لو كانوا ثلاثة. والثانية: لا حد عليهم. وهو قول الحسن، والشعبي، وأبي حنيفة، ومحمد؛ لأن هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء، فدخلوا في عموم الآية؛ لأن عددهم قد كمل، ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم، فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون، ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦٠

الثالثة: إن كانوا عميانا أو بعضهم، جلدوا، وإن كانوا عبيدا أو فساقا، فلا حد عليهم. وهو قول الثوري، وإسحاق؛ لأن العميان معلوم كذبهم؛ لأنهم شهدوا بما لم يروه يقينا، والآخرون يجوز صدقهم، وقد كمل عددهم، فأشبهوا مستوري الحال. وقال أصحاب الشافعي: إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر، كالعمى، والرق، والفسق الظاهر ففيهم قولان، وإن كان لمعنى خفي، فلا حد عليهم؛ لأن ما يخفى يخفى على الشهود، فلا يكون ذلك تفريطا منهم، بخلاف ما يظهر.

وإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان، حد الجميع؛ لأن شهادة النساء في هذا الباب كعدمها.

وبهذا قال الثوري، وأصحابالرأي. وهذا يقوي رواية إيجاب الحد على الأولين، وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عميانا أو أحدهم؛ لأن المرأتين يحتمل صدقهما، وهما من أهل الشهادة في الجملة، والأعمى كاذب يقينا، وليس من أهل الشهادة على الأفعال، فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى.

[فصل رجع شهود الزنا عن الشهادة أو واحد منهم]

(٧١٨٧) فصل: وإن رجعوا عن الشهادة، أو واحد منهم، فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين. وهو قول أبي حنيفة. والثانية: يحد الثلاثة دون الراجع. وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد؛ لأنه إذا رجع قبل الحد، فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله، فيسقط عنه الحد؛ ولأن في درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه، وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع، خوفا من الحد، فتفوت تلك المصلحة، وتتحقق المفسدة، فناسب ذلك نفي الحد عنه.

وقال الشافعي: يحد الراجع دون الثلاثة؛ لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه، وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم، وإنما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع، ومن وجب الحد بشهادته، لم يكن قاذفا، فلم يحد، كما لو لم يرجع. ولنا أنه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد، فلزمهم الحد، كما لو شهد ثلاثة، وامتنع الرابع من الشهادة.

وقولهم: وجب الحد بشهادتهم. يبطل بما إذا رجعوا كلهم، وبالراجع وحده، فإن الحد وجب ثم سقط، ووجب". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٣

٢٧٩. ٢٧٩-"[فصل قال لرجل يا ديوث يا كشخان]

(٧٢٢٤) فصل: وإن قال لرجل يا ديوث، يا كشخان. فقال أحمد: يعزر. قال إبراهيم الحربي: الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته. وقال ثعلب: القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على امرأته. وقال: القرنان والكشحان، لم أرهما في كلام العرب، ومعناهما عند العامة مثل معنى الديوث أو قريبا منه. فعلى القاذف به التعزير، على قياس قوله في الديوث؛ لأنه قذفه بما لا حد فيه. وقال خالد بن يزيد عن أبيه، في الرجل يقول للرجل: يا قرنان: إذا كان له أخوات أو بنات في الإسلام، ضرب الحد. يعني أنه قاذف لهن. وقال خالد، عن أبيه القرنان عند العامة: من له بنات. والكشحان: من له أخوات. يعني - والله أعلم - إذا كان يدخل الرجال عليهن.

والقواد عند العامة: السمسار في الزنا. والقذف بذلك كله يوجب التعزير؛ لأنه قذف بما لا يوجب الحد.

[فصل نفى رجلا عن أبيه]

(٧٢٢٥) فصل: وإذا نفى رجلا عن أبيه، فعليه الحد. نص عليه أحمد. وكذلك إذا نفاه عن قبيلته. وبهذا قال إبراهيم النخعي، وإسحاق. وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وحماد، إذا نفاه عن أبيه وكانت أمه مسلمة، وإن كانت ذمية أو رقيقة، فلا حد عليه؛ لأن القذف لها. ووجه الأول ما روى الأشعث بن قيس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كان يقول «لا أوتى برجل يقول: إن كنانة ليست من قريش. إلا جلدته» وعن ابن مسعود، أنه قال لا جلد إلا في اثنين؛ رجل قذف محصنة أو نفى رجلا عن أبيه. وهذا لا يقوله إلا توقيفا. فأما إن نفاه عن أمه، فلا حد عليه؛ لأنه لم يقذف أحدا بالزنا.

وكذلك إن قال: إن لم تفعل كذا، فلست بابن فلان. فلا حد فيه؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط، والقياس يقتضي أن لا يجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته؛ ولأن ذلك لا يتعين فيه الرمي بالزنا، فأشبه ما لو قال للأعجمي: إنك عربي. ولو قال للعربي: أنت نبطي. أو فارسي. فلا حد فيه، وعليه التعزير. نص عليه؛ لأنه يحتمل أنك نبطي اللسان أو الطبع. وحكي عن أحمد، رواية أخرى، أن عليه الحد، كما لو نفاه عن أبيه. والأول أصح، وبه قال مالك، والشافعي؛ لأنه يحتمل غير القذف احتمالا كثيرا، فلا يتعين صرفه إليه. ومتى فسر شيئا من ذلك بالقذف، فهو قاذف.

[فصل قذف رجل رجلا فقال آخر صدقت]

(٧٢٢٦) فصل: وإذا قذف رجل رجلا، فقال آخر: صدقت، فالمصدق قاذف أيضا في أحد الوجهين؛ لأن تصديقه". (١)

٢٨٠. ٢٨٠-"وهذا يحكى عن الليث، وأبي ثور. وقالت عائشة: لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا. وروي هذا عن عمر، وعثمان، وعلي، - رضي الله عنهم -. وبه قال الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، والشافعي، وابن المنذر؛ لحديث عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا.» وقال عثمان البتي: تقطع اليد في درهم، فما فوقه. وعن أبي هريرة، وأبي سعيد، أن اليد تقطع في أربعة دراهم فصاعدا. وعن عمر أن الخمس لا تقطع إلا في الخمس. وبه قال سليمان بن يسار، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وروي ذلك عن الحسن.

وقال أنس: قطع أبو بكر في مجن قيمته خمسة دراهم. رواه الجوزجاني بإسناده. وقال عطاء، وأبو حنيفة، وأصحابه: لا تقطع اليد إلا في دينار، أو عشرة دراهم؛ لما روى الحجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا قطع إلا في عشرة دراهم» . وروى ابن عباس. قال: «قطع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يد رجل في مجن، قيمته دينار، أو عشرة دراهم» . وعن النخعي: لا تقطع اليد إلا في أربعين درهما. ولنا ما روى ابن عمر، «أن رسول الله قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» . متفق عليه. قال ابن عبد البر: هذا أصح حديث يروى في هذا الباب، لا يختلف أهل العلم في ذلك. وحديث أبي حنيفة الأول يرويه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف، والذي يرويه عن الحجاج ضعيف أيضا. والحديث الثاني لا دلالة فيه على أنه لا يقطع بما دونه، فإن من أوجب القطع بثلاثة دراهم، أوجبه بعشرة، ويدل هذا الحديث على أن العرض يقوم بالدراهم؛ لأن المجن قوم بها؛ ولأن ما كان الذهب فيه أصلا، كان الورق فيه أصلا، كنصب الزكاة، والديات وقيم المتلفات.

وقد روى أنس، أن سارقا سرق مجنا ما يسرني أنه لي بثلاثة دراهم، أو ما يساوي ثلاثة دراهم، فقطعه أبو بكر. وأتي عثمان برجل قد سرق أترجة، فأمر بها عثمان فأقيمت، فبلغت قيمتها ربع دينار، فأمر

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٠

به عثمان فقطع.". (١)

٢٨١. ٢٨١-"إن سرق الجمل، وإن سرق الجمل بما عليه، وصاحبه نائم عليه، لم يقطع؛ لأنه في يد صاحبه، وإن لم يكن صاحبه نائما عليه، قطع وبهذا قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه؛ لأن ما في الحمل محرز به، فإذا أخذ جميعه، لم يهتك حرز المتاع، فصار كما لو سرق أجزاء الحرز.
ولنا أن الجمل محرز بصاحبه، ولهذا لو لم يكن محرزا، فقد سرقه من حرز مثله، فأشبه ما لو سرق المتاع. ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع، فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه، وجب قطعه. وهذا التفصيل في الإبل التي في الصحراء، فأما التي في البيوت والمكان المحصن، على الوجه الذي ذكرنا في الثياب، فهي محرزة. والحكم في سائر المواشي كالحكم في الإبل، على ما ذكرناه من التفصيل فيها.

[فصل سرق من الحمام ولا حافظ فيه]
(٧٢٦١) فصل: وإذا سرق من الحمام، ولا حافظ فيه، فلا قطع عليه، في قول عامتهم، وإن كان ثم حافظ. فقال أحمد: ليس على سارق الحمام قطع. وقال في رواية ابن منصور: لا يقطع سارق الحمام، إلا أن يكون على المتاع قاعد، مثل ما صنع بصفوان. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأنه مأذون للناس في دخوله، فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخوله؛ ولأن دخول الناس إليه يكثر، فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيه.
قال القاضي: وفيه رواية أخرى: أنه يجب القطع إذا كان فيه حافظ. وهو قول مالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه متاع له حافظ، فيجب قطع سارقه، كما لو كان في بيت.
والأول أصح. وهذا يفارق ما في البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما.
فأما إن كان صاحب الثياب قاعدا عليها، أو متوسدا لها، أو جالسا وهي بين يديه يحفظها، قطع سارقها بكل حال، كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد، وهو متوسد له. وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب، إما الحمامي وإما غيره حافظا لها على هذا الوجه، قطع سارقها؛ لأنها محرزة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٠٦

وإن لم تكن كذلك، فقال القاضي: إن نزع الداخل ثيابه، على ما جرت به العادة، ولم يستحفظها لأحد فلا قطع على سارقها، ولا غرم على الحمامي؛ لأنه غير مودع فيضمن، ولا هي محرزة فيقطع سارقها، وإن استحفظها الحمامي، فهو مودع يلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ، فإن تشاغل عنها، أو ترك النظر إليها، فسرقت، فعليه الغرم لتفريطه، ولا قطع على السارق؛ لأنه لم يسرق من حرز. وإن تعاهدها الحمامي بالحفظ والنظر، فسرقت، فلا غرم عليه؛ لعدم تفريطه، وعلى السارق القطع؛ لأنها محرزة. وهذا مذهب الشافعي. وظاهر مذهب أحمد أنه لا قطع عليه في هذه الصورة؛ لما تقدم. قال ابن المنذر: قال أحمد: أرجو أن لا قطع عليه؛ لأنه مأذون للناس في دخوله. ولو استحفظ رجل آخر". (١)

٢٨٢. ٢٨٢-"يخفى يبطل شهادتهما، ففيما يظهر أولى.

ويحتمل أن أحدهما ظن المسروق ذكرا، وظنه الآخر أنثى، وقد أوجب هذا رد شهادتهما، فكذلك هاهنا. الثاني: الاعتراف، ويشترط فيه أن يعترف مرتين روي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، وزفر، وابن شبرمة. وقال عطاء، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، ومحمد بن الحسن: يقطع باعتراف مرة؛ لأنه حق يثبت بالإقرار، فلم يعتبر فيه التكرار، كحق الآدمي. ولنا ما روى أبو داود، بإسناده عن أبي أمية المخزومي «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بلص قد اعترف، فقال له: ما إخالك سرقت. قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا، فأمر به، فقطع» . ولو وجب القطع بأول مرة، لما أخره. وروى سعيد، عن هشيم، وسفيان، وأبي الأحوص، وأبي معاوية عن الأعمش، عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه، قال شهدت عليا، وأتاه رجل، فأقر بالسرقة، فرده، وفي لفظ: فانتهره. وفي لفظ: فسكت عنه. وقال غير هؤلاء: فطرده. ثم عاد بعد ذلك، فأقر، فقال له علي: شهدت على نفسك مرتين. فأمر به، فقطع، وفي لفظ: قد أقررت على نفسك مرتين. ومثل هذا يشتهر، فلم ينكر.

ولأنه يتضمن إتلافا في حد، فكان من شرطه التكرار، كحد الزنا. ولأنه أحد حجتي القطع، فيعتبر فيه التكرار، كالشهادة. وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار، ويفارق حق الآدمي؛ لأن حقه مبني على الشح، والتضييق، ولا يقبل رجوعه عنه، بخلاف مسألتنا. (٧٣١٠) فصل: ويعتبر أن

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٣/٩

يذكر في إقراره شروط السرقة، من النصاب والحرز، وإخراجه منه (٧٣١١) فصل: والحر والعبد في هذا سواء. نص عليه أحمد؛ وذلك لعموم النص فيهما، ولما روى الأعمش، عن القاسم، عن أبيه،: أن عليا قطع عبدا أقر عنده بالسرقة.

وفي رواية قال: كان عبدا. يعني الذي قطعه علي. ويعتبر أن يقر مرتين. وروى مهنا، عن أحمد: إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق، قطع. وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات، ليكون على النصف من الحر. والأول أصح؛ لخبر علي؛ ولأنه إقرار بحد، فاستوى في عدده الحر والعبد، كسائر الحدود.

[مسألة رجع السارق عن إقراره قبل القطع]

(٧٣١٢) مسألة: قال: (ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع)". (١)

٢٨٣. ٢٨٣-"لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى، وقد غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى» وقال ابن عمر: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضاد الله في حكمه.

[مسألة اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم]

(٧٣١٤) مسألة؛ قال: (وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم، قطعوا) وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق: لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا؛ لأن كل واحد لم يسرق نصابا، فلم يجب عليه قطع، كما لو انفرد بدون النصاب. وهذا القول أحب إلي؛ لأن القطع هاهنا لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه، فلا يجب، والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطي القطع، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد، قياسا على هتك الحرز؛ ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع، فاستوى فيه الواحد والجماعة، كالقصاص، ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة في حمله، وبين أن يخرج كل واحد منه جزءا، ونص أحمد على هذا.

وقال مالك: إن انفرد كل واحد بجزء منه، لم يقطع واحد منهم، كما لو انفرد كل واحد من قاطعي

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٣٨

اليد بقطع جزء منها، لم يجب القصاص. ولنا أنهم اشتركوا في هتك الحرز، وإخراج النصاب، فلزمهم القطع، كما لو كان ثقيلا فحملوه، وفارق القصاص، فإنه تعتمد المماثلة، ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد، وفي مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة، والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال، وسواء دخلا الحرز معا، أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب، ثم دخل الآخر فأخرج باقيه؛ لأنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب، فلزمهما القطع، كما لو حملاه معا.

[فصل كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه]

(٧٣١٥) فصل: فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه، كأبي المسروق منه، قطع شريكه، في أحد الوجهين، كما لو شاركه في قطع يد ابنه. والثاني: لا يقطع. وهو أصح؛ لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع؛ لأنه أخذ ما له أخذه، بخلاف قطع يد ابنه، فإن الفعل تمحض عدوانا، وإنما سقط القصاص لفضيلة الأب، لا لمعنى في فعله، وها هنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب أن لا يجب القطع به، كاشتراك العامد والخاطئ. وإن أخرج كل واحد منهما نصابا، وجب القطع على شريك الأب؛ لأنه انفرد بما يوجب". (١)

٢٨٤. ٢٨٤-"الأول في اللفظ كقوله تعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة: ١٥٨] ولأن القتل إذا أطلق في لسان الشرع، كان قتلا بالسيف. ولهذا قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل» . وأحسن القتل هو القتل بالسيف، وفي صلبه حيا تعذيب له، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن تعذيب الحيوان. وقولهم: إنه جزاء على المحاربة. قلنا: لو شرع لردعه، لسقط بقتله، كما يسقط سائر الحدود مع القتل وإنما شرع الصلب ردعا لغيره، ليشتهر أمره، وهذا يحصل بصلبه بعد قتله. وقولهم: يمنع تكفينه ودفنه. قلنا: هذا لازم لهم؛ لأنهم يتركونه بعد قتله مصلوبا. الثاني: في قدره ولا توقيت فيه، إلا قدر ما يشتهر أمره.

قال أبو بكر: لم يوقت أحمد في الصلب، فأقول: يصلب قدر ما يقع عليه الاسم. والصحيح توقيته بما ذكر الخرقي من الشهرة؛ لأن المقصود يحصل به. وقال الشافعي: يصلب ثلاثا. وهو مذهب أبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤٠

حنيفة. وهذا توقيت بغير توقيف، فلا يجوز، مع أنه في الظاهر يفضي إلى تغيره، ونتنه، وأذى المسلمين برائحته ونظره، ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه، فلا يجوز بغير دليل. الثالث: في وجوبه، وهذا واجب حتم في حق من قتل وأخذ المال، لا يسقط بعفو ولا غيره. وقال أصحاب الرأي: إن شاء الإمام صلب، وإن شاء لم يصلب. ولنا حديث ابن عباس، أن جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب. ولأنه شرع حدا، فلم يتخير بين فعله وتركه، كالقتل وسائر الحدود. إذا ثبت هذا، فإنه إذا اشتهر أنزل، ودفع إلى أهله، فيغسل، ويكفن، ويصلى عليه، ويدفن.

(٧٣٢٣) " فصل: وإن مات قبل قتله، لم يصلب؛ لأن الصلب من تمام الحد، وقد فات الحد بموته، فيسقط ما هو من تتمته.

وإن قتل في المحاربة بمثقل قتل، كما لو قتل بمحدد لأنهما سواء في وجوب القصاص بهما. وإن قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها، كالسوط والعصا والحجر الصغير، فظاهر كلام الخرقي، أنهم يقتلون أيضا؛ لأنهم دخلوا في العموم.

الحال الثاني: قتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون. وعن أحمد رواية أخرى، أنهم يصلبون؛ لأنهم محاربون يجب قتلهم، فيصلبون، كالذين أخذوا المال. والأولى أصح؛ لأن الخبر المروي فيهم قال فيه: ومن قتل ولم يأخذ المال، قتل ". ولم يذكر صلبا؛ ولأن جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد". (١)

٢٨٥. ٢٨٥-"أحدهما: نصف الدية؛ لأنه تلف من فعلين؛ مضمون، وغير مضمون، فكان عليه نصف الضمان. والثاني: تقسط الدية على عدد الضربات كلها، فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين. وروي عن علي – رضي الله عنه – أنه قال: ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت، فأجد في نفسي منه شيئا، إلا صاحب الخمر، ولو مات وديته؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يسنه لنا.

ولنا أنه حد وجب لله، فلم يجب ضمان من مات به، كسائر الحدود، وما زاد على الأربعين قد ذكرنا أنه من الحد، وإن كان تعزيرا، فالتعزير يجب، فهو بمنزلة الحد. وأما حديث علي، فقد صح عنه أنه قال: «جلد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أربعين وأبو بكر أربعين» وثبت الحد بالإجماع، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤٨

تبق فيه شبهة.

(٧٣٤٩) فصل: ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في سائر الحدود، أنه إذا أتي بها على الوجه المشروع، من غير زيادة، أنه لا يضمن من تلف بها؛ وذلك لأنه فعلها بأمر الله. وأمر رسوله، فلا يؤاخذ به؛ ولأنه نائب عن الله تعالى، فكان التلف منسوبا إلى الله تعالى. وإن زاد على الحد فتلف، وجب الضمان، بغير خلاف نعلمه؛ لأنه تلف بعدوانه، فأشبه ما لو ضربه في غير الحد.

قال أبو بكر: وفي قدر الضمان قولان؛ أحدهما: كمال الدية؛ لأنه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضا سوطا فمات به؛ ولأنه تلف بعدوان وغيره، فأشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجرا فغرقها. والثاني: عليه نصف الضمان؛ لأنه تلف بفعل مضمون وغير مضمون، فكان الواجب نصف الدية، كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي في أحد قوليه. وقال في الآخر: يجب من الدية بقسط ما تعدى به، تقسط الدية على الأسواط كلها، وسواء زاد خطأ أو عمدا؛ لأن الضمان يجب في الخطإ والعمد، ثم ينظر؛ فإن كان الجلاد زاده من عند نفسه بغير أمر، فالضمان على عاقلته؛ لأن العدوان منه، وكذلك إن قال الإمام له: اضرب ما شئت. فالضمان على عاقلته. وإن كان له من يعد عليه، فزاد في العدد، ولم يخبره، فالضمان على من يعد، سواء تعمد ذلك، أو أخطأ في العدد؛ لأن الخطأ منه.

وإن أمره الإمام بالزيادة على الحد، فزاد، فقال القاضي: الضمان على الإمام. وقياس المذهب أنه إن اعتقد وجوب طاعة الإمام، وجهل تحريم الزيادة، فالضمان على الإمام، وإن كان عالما بذلك، فالضمان عليه، كما لو أمره الإمام بقتل رجل ظلما فقتله. وكل موضع قلنا: يضمن الإمام. فهل يلزم عاقلته أو بيت المال؟ فيه روايتان؛ إحداهما: هو في بيت المال؛ لأن خطأه يكثر، فلو وجب ضمانه على عاقلته، أجحف بهم. قال القاضي: هذا أصح. والثانية: هو على عاقلته؛ لأنها وجبت بخطئه، فكانت على عاقلته، كما لو رمى صيدا فقتل آدميا. ويحتمل أن تكون الروايتان إنما هما فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ، أما إذا تعمدها، فهذا ظلم قصده، فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المال بحال، كما لو تعمد جلد من لا حد عليه.

وأما الكفارة التي تلزم الإمام، فلا يحملها عنه غيره؛ لأنها عبادة، فلا تتعلق بغير من وجد منه سببها؛ ولأنها كفارة لفعله، فلا تحصل إلا بتحمله إياها، ولهذا لا يدخلها التحمل بحال.

[فصل لا يقام الحد على السكران حتى يصحو]

(٧٣٥٠) فصل: ولا يقام الحد على السكران حتى يصحو. روي هذا عن عمر بن عبد العزيز، والشعبي. وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي؛ لأن المقصود الزجر والتنكيل، وحصوله بإقامة الحد عليه في صحوه أتم، فينبغي أن يؤخر إليه.

[فصل حد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ]

(٧٣٥١) فصل: وحد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ، ويختلف معه في وقوع طلاقه، ويمنع صحة الصلاة منه، هو الذي يجعله يخلط في كلامه ما لم يكن قبل الشرب، ويغيره عن حال صحوه، ويغلب على عقله،". (١)

٢٨٦. ٢٨٦-"وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بهذا، وأنه أجمع عليه، فلا يعول على ما خالفه.

فأما حديث مجمع، فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه، وأعطى الراجل سهما، يعني صاحبه، فيكون ثلاثة أسهم، على أن حديث ابن عمر أصح منه، وقد وافقه حديث أبي رهم وأخيه، وابن عباس، وهؤلاء أحفظ وأعلم، وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان، وأخبروا عن أنفسهم أنهم أعطوا ذلك، فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه، أو حمله على ما يخالف ظاهره، وقياس الفرس على الآدمي غير صحيح؛ لأن أثرها في الحرب أكثر، وكلفتها أعظم، فينبغي أن يكون سهمها أكثر.

[مسألة سهم الفارس وسهم الفرس الهجين]

(٧٤٩٤) قال: (إلا أن يكون فرسه هجينا، فيعطى سهما له، وسهما لفرسه) الهجين: الذي أبوه عربي وأمه برذونة. والمقرف: الذي أبوه برذون وأمه عربية، قالت هند بنت النعمان بن بشير:

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تحللها بغل

فإن ولدت مهرا كريما فبالحري ... وإن يك أقراف فما أنجب الفحل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٥/٩

وأراد الخرقي بالهجين ها هنا ما عدا العربي، والله أعلم. وقد حكي عن أحمد، أنه قال الهجين البرذون. واختلفت الرواية عنه في سهمانها، فقال الخلال: تواترت الروايات عن أبي عبد الله في سهام البرذون، أنه سهم واحد. واختاره أبو بكر، والخرقي، وهو قول الحسن. قال الخلال: وروى عنه ثلاثة متيقظون أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربي. واختاره الخلال، وبه قال عمر بن عبد العزيز، ومالك، والشافعي، والثوري؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والخيل والبغال﴾ [النحل: ٨] .

وهذه من الخيل، ولأن الرواة رووا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أسهم للفرس سهمين، ولصاحبه سهما. وهذا عام في كل فرس، ولأنه حيوان ذو سهم، فاستوى فيه العربي وغيره، كالآدمي. وحكى أبو بكر، عن أحمد. - رحمه الله -، رواية ثالثة، أن البراذين إن أدركت إدراك العراب، أسهم لها مثل الفرس العربي، وإلا فلا. وهذا قول ابن أبي شيبة، وابن أبي خيثمة، وأبي أيوب، والجوزجاني؛ لأنها من الخيل، وقد عملت عمل العراب، فأعطيت سهما كالعربي.

وحكى القاضي رواية رابعة أنه لا يسهم لها. وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمي؛ لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب، فأشبه البغال. ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها؛". (١)

٢٨٧. ٢٨٧-"[فصل غزا المرجف أو المخذل على فرس]

(٧٥١٤) وإذا غزا المرجف أو المخذل على فرس، فلا شيء له، ولا للفرس؛ لما ذكرنا، وإن غزا العبد بغير إذن سيده، لم يرضخ له، لأنه عاص بغزوه، فهو كالمخذل والمرجف، وإن غزا الرجل بغير إذن والديه، أو بغير إذن غريمه، استحق السهم؛ لأن الجهاد يتعين عليه بحضور الصف، فلا يبقى عاصيا فيه، بخلاف العبد.

[فصل استعار فرسا ليغزو عليه]

(٧٥١٥) ومن استعار فرسا ليغزو عليه، ففعل، فسهم الفرس للمستعير، وبهذا قال الشافعي، لأنه يتمكن من الغزو عليه بإذن صحيح شرعي، فأشبه ما لو استأجره. وعن أحمد، رواية أخرى، أن سهم الفرس لمالكه، لأنه من نمائه، فأشبه ولده. وبهذا قال بعض الحنفية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٩/٩

وقال بعضهم: لا سهم للفرس؛ لأن مالكه لم يستحق سهما، فلم يستحق للفرس شيئا، كالمخذل والمرجف، والأول **أصح**؛ لأنه فرس قاتل عليه من يستحق سهما، وهو مالك لنفعه، فاستحق سهم الفرس، كالمستأجر، ولأن سهم الفرس مستحق بمنفعته، وهي للمستعير بإذن المالك فيها، وفارق النساء والولد، فإنه غير مأذون له فيه.

فأما إن استعاره لغير الغزو، ثم غزا عليه، فهو كالفرس المغصوب، على ما سنذكره.

[فصل غصب فرسا فقاتل عليه]

(٧٥١٦) وإن غصب فرسا، فقاتل عليه، فسهم الفرس لمالكه. نص عليه أحمد. وقال بعض الحنفية: لا يسهم للفرس. وهو وجه لأصحاب الشافعي. وقال بعضهم: سهم الفرس للغاصب، وعليه أجرته لمالكه؛ لأنه آلة، فكان الحاصل بها لمستعملها كله، كما لو غصب منجلا فاحتش بها، أو سيفا فقاتل به.

ولنا، أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم، فاستحق السهم، كما لو كان مع صاحبه، وإذا ثبت أن له سهما كان لمالكه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل للفرس سهمين، ولصاحبه سهما، وما كان للفرس كان لمالكه، وفارق ما يحتش به، فإنه لا شيء له، ولأن السهم مستحق بنفع الفرس، ونفعه لمالكه، فوجب أن يكون ما يستحق به له. والحمد لله

[فصل استأجر فرسا ليغزو عليه]

(٧٥١٧) ومن استأجر فرسا ليغزو عليه، فغزا عليه، فسهم الفرس له. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه مستحق لنفعه استحقاقا لازما، فكان سهمه له، كمالكه.". (١)

٢٨٨. ٢٨٨-"إحداهن، أن غنيمتهم كغنيمة غيرهم، يخمسه الإمام، ويقسم باقيه بينهم. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم الشافعي؛ لعموم قوله سبحانه: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . الآية.

والقياس على ما إذا دخلوا بإذن الإمام. والثانية، هو لهم من غير أن يخمس. وهو قول أبي حنيفة؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٥٩

لأنه اكتساب مباح من غير جهاد، فكان لهم أشبه الاحتطاب، فإن الجهاد إنما يكون بإذن الإمام، أو من طائفة لهم منعة وقوة، فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب.
والثالثة، أنه لا حق لهم فيه. قال أحمد، في عبد أبق إلى الروم، ثم رجع ومعه متاع: فالعبد لمولاه، وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين؛ لأنهم عصاة بفعلهم، فلم يكن لهم فيه حق. والأولى أولى قال الأوزاعي: لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة، كسر مركب بعضهم، فأخذ المشركون ناسا من القبط، فكانوا خدما لهم، فخرجوا يوما إلى عيد لهم، وخلفوا القبط في مركبهم، وشرب الآخرون، ورفع القبط القلع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم، فلم يضعوا قلعهم حتى أتوا بيروت، فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز، فكتب عمر: نفلوهم القلع وكل شيء جاءوا به إلا الخمس. رواه سعيد، والأثرم. وإن كانت الطائفة ذات منعة، غزوا بغير إذن الإمام، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا شيء لهم، وهو فيء للمسلمين. والثانية، يخمس، والباقي لهم. وهذا **أصح**. ووجه الروايتين ما تقدم. ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة، وهو أن الجميع لهم من غير خمس؛ لكونه اكتساب مباح من غير جهاد.

[مسألة غل من الغنيمة]

(٧٦٠٣) مسألة؛ قال: ومن غل من الغنيمة، حرق رحله كله، إلا المصحف، وما فيه روح الغال: هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة، فلا يطلع الإمام عليه، ولا يضعه مع الغنيمة، فحكمه أن يحرق رحله كله. وبهذا قال الحسن، وفقهاء الشام، منهم مكحول، والأوزاعي، والوليد بن هشام، ويزيد بن يزيد بن جابر. وأتي سعيد بن عبد الملك بغال، فجمع ماله وأحرقه، وعمر بن عبد العزيز حاضر ذلك، فلم يعبه. وقال يزيد بن يزيد بن جابر: السنة في الذي يغل، أن يحرق رحله.
رواهما سعيد، في سننه. وقال ومالك، والليث، والشافعي، وأصحابالرأي: لا يحرق؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحرق» ، فإن عبد الله بن عمرو روى، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا أصاب غنيمة، أمر بلالا فنادى في الناس، فيجيئون بغنائمهم، فيخمسه، ويقسمه،". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٥/٩

٢٨٩. ٢٨٩-"[فصل للإمام أو نائبه عقد الذمة والهدنة]

(٧٦٥١) فصل: ولا يصح عقد الذمة والهدنة، إلا من الإمام أو نائبه، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافا، لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة، ولأن عقد الذمة عقد مؤبد، فلم يجز أن يفتات به على الإمام، فإن فعله غير الإمام أو نائبه، لم يصح، لكن إن عقده على ما لا يجوز أن يطلب منهم أكثر منه، لزم الإمام إجابتهم إليه، وعقدها عليه.

[فصل على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين]

(٧٦٥٢) فصل: ويجوز أن يشرط عليهم في عقد الذمة، ضيافة من يمر بهم من المسلمين، لما روى الإمام أحمد بإسناده عن الأحنف بن قيس أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة، وأن يصلحوا القناطر، وإن قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته، قال ابن المنذر وروي عن عمر أنه قضى على أهل الذمة، ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام، وعلف دوابهم، وما يصلحهم.

وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضرب على نصارى أيلة ثلاثمائة دينار، وكانوا ثلاثمائة نفس، في كل سنة، وأن يضيفوا من مر بهم من المسلمين ثلاثة أيام» ولأن في هذا ضربا من المصلحة

، لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين إضرارا بهم، فإذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك، وإن لم تشترط الضيافة عليهم، لم تجب، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي.

ومن أصحابنا من قال: تجب بغير شرط، كوجوبها على المسلمين، والأول أصح، لأنه أداء مال، فلم يجب بغير رضاهم، كالجزية، فإن شرطها عليهم، فامتنعوا من قبولها، لم تعقد لهم الذمة، وقال الشافعي: لا يجوز قتالهم عليها. ولنا أنه شرط سائغ، امتنعوا من قبوله، فقوتلوا عليه كالجزية.

(٧٦٥٣) فصل: ذكر القاضي، أنه إذا شرط الضيافة، فإنه يبين أيام الضيافة، وعدد من يضاف من الرجالة والفرسان، فيقول: تضيفون في كل سنة مائة يوم عشرة من المسلمين، من خبز كذا وأدم كذا، وللفرس من التبن كذا، ومن الشعير كذا فإن شرط الضيافة مطلقا، صح في الظاهر، لأن عمر - رضي الله عنه - شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، من غير عدد ولا تقدير.

قال أبو بكر: إذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة، لأن ذلك الواجب على المسلمين، ولا يكلفون الذبيحة، ولا ضيافتهم بأرفع من طعامهم، لأنه يروى عن عمر أنه شكا إليه أهل الذمة أن المسلمين يكلفونهم الذبيحة، فقال: أطعموهم مما تأكلون. وقال الأوزاعي ولا يكلفون الذبيحة ولا

الشعير.". (١)

٢٩٠. ٢٩٠-"الحكم معللا. ثم إن حديث أبي ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها؛ لقوله: " إذا أرسلت كلبك المعلم ". ولا يثبت التعليم حتى يترك الأكل. إذا ثبت هذا، فإن الانزجار بالزجر إنما يعتبر بإرساله على الصيد، أو رؤيته، أما بعد ذلك، فإنه لا ينزجر بحال.

الشرط الخامس، أن لا يأكل من الصيد فإن أكل منه، لم يبح، في أصح الروايتين. ويروى ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة. وبه قال عطاء، وطاوس، وعبيد بن عمير، والشعبي، والنخعي، وسويد بن غفلة، وأبو بردة، وسعيد بن جبير، وعكرمة، والضحاك، وقتادة، وإسحاق، وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور. والرواية الثانية: يباح.
وروي ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وسلمان، وأبي هريرة، وابن عمر. حكاه عنهم الإمام أحمد. وبه قال مالك. وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] .
وحديث أبي ثعلبة، ولأنه صيد جارح معلم، فأبيح، كما لو لم يأكل. فإن الأكل يحتمل أن يكون لفرط جوع أو غيظ على الصيد. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله تعالى، فكل مما أمسك عليك. قلت: وإن قتل؟ قال: وإن قتل، إلا أن يأكل الكلب فإن أكل، فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» . متفق عليه.
ولأن ما كان شرطا في الصيد الأول، كان شرطا في سائر صيوده، كالإرسال والتعليم. وأما الآية فلا تتناول هذا الصيد؛ فإنه قال: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] . وهذا إنما أمسك على نفسه. وأما حديث أبي ثعلبة، فقد قال أحمد: يختلفون عن هشيم فيه. وعلى أن حديثنا أصح؛ لأنه متفق عليه وعدي بن حاتم أضبط، ولفظه أبين؛ لأنه ذكر الحكم والعلة.
قال أحمد: حديث الشعبي عن عدي، من أصح ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والشعبي يقول: كان جاري وربيطي، فحدثني. والعمل عليه. ويحتمل أنه أكل منه بعد أن قتله وانصرف عنه،

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٧

وإذا ثبت هذا فإذا لا يحرم ما تقدم من صيوده، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: يحرم؛ لأنه لو كان معلما ما أكل

ولنا، عموم الآية والأخبار، وإنما خص منه ما أكل منه، ففيما عداه يجب القضاء بالعموم، ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة، فوجب الحكم به، ولهذا حكمنا بحل صيده، فإذا وجد الأكل، احتمل أن يكون لنسيان، أو لفرط جوعه، أو نسي التعليم، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال.". (١)

٢٩١. ٢٩١-"ولا سقطت عنه الصلاة والعبادات. ولأنه ترك تذكيته مع القدرة عليها. فأشبه غير الصيد. (٧٧١٣) .

مسألة؛ قال: (فإن لم يكن معه ما يذكيه به. أشلى الصائد له عليه. حتى يقتله. فيؤكل) يعني: أغرى الكلب به. وأرسله عليه. ومعنى أشلى في العربية: دعا. إلا أن العامة تستعمله بمعنى أغراه. ويحتمل أن الخرقي أراد دعاه ثم أرسله؛ لأن إرساله على الصيد يتضمن دعاءه إليه. واختلف قول أحمد في هذه المسألة. فعنه مثل قول الخرقي. وهو قول الحسن. وإبراهيم.

وقال في موضع: إني لأقشعر من هذا. يعني أنه لا يراه. وهو قول أكثر أهل العلم؛ لأنه مقدور عليه. فلم يبح بقتل الجارح له. كبهيمة الأنعام. وكما لو أخذه سليما. ووجه الأولى. أنه صيد قتله الجارح له من غير إمكان ذكاته. فأبيح كما لو أدركه ميتا. ولأنها حال تتعذر فيها الذكاة في الحلق واللبة غالبا. فجاز أن تكون ذكاته على حسب الإمكان. كالمتردية في بئر.

وحكي عن القاضي. أنه قال في هذا يتركه حتى يموت فيحل؛ لأنه صيد تعذرت تذكيته. فأبيح بموته من عقر الصائد له. كالذي تعذرت تذكيته لقلة لبته. والأول أصح؛ لأنه حيوان لا يباح بغير التذكية إذا كان معه آلة الذكاة. فلم يبح بغيرها إذا لم يكن معه آلة. كسائر المقدور على تذكيته. ومسألة الخرقي محمولة على ما يخاف موته إن لم يقتله الحيوان أو يذكى. فإن كان به حياة يمكن بقاؤه إلى أن يأتي به منزله. فليس فيه اختلاف أنه لا يباح إلا بالذكاة. لأنه مقدور على تذكيته.

[مسألة أرسل كلبه فأضاف معه غيره]

(٧٧١٤) مسألة؛ قال: (وإذا أرسل كلبه، فأضاف معه غيره، لم يؤكل إلا أن يدرك الحياة، فيذكي)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٠

معنى المسألة أن يرسل كلبه على صيد، فيجد الصيد ميتا، ويجد مع كلبه كلبا لا يعرف، ولا يدري هل وجدت فيه شرائط صيده أو لا، ولا يعلم أيهما قتله؟ أو يعلم أنهما جميعا قتلاه، أو أن قاتله الكلب المجهول، فإنه لا يباح، إلا أن يدركه حيا فيذكيه. وبهذا قال عطاء، والقاسم بن مخيمرة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحابالرأي. ولا نعلم لهم مخالفا.

والأصل فيه ما روى عدي بن حاتم قال: «سألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر؟ قال: لا تأكل، فإنك إنما سميت على كلبك، ولم تسم على الآخر» . وفي لفظ: «فإن وجدت مع كلبك كلبا آخر، فخشيت أن يكون أخذ معه، وقد قتله، فلا تأكله، فإنك إنما ذكرت اسم الله على كلبك» . وفي لفظ: " فإنك لا تدري أيهما قتل ". أخرجه البخاري،.

ولأنه شك في الاصطياد المبيح، فوجب إبقاء حكم التحريم، فأما إن علم أن كلبه الذي قتل وحده، أو أن الكلب الآخر مما يباح صيده، أبيح؛ بدلالة تعليل". (١)

٢٩٢. ٢٩٢-"كان لا يعقل، كالطفل الذي لا يميز، والمجنون، والسكران، لم يحل ما ذبحه؛ لأنه لا يصح منه القصد، فأشبه ما لو ضرب إنسانا بالسيف فقطع عنق شاة. وأما الآلة، فلها شرطان؛ أحدهما، أن تكون محددة، تقطع أو تخرق بحدها، لا بثقلها.

والثاني، أن لا تكون سنا ولا ظفرا. فإذا اجتمع هذان الشرطان في شيء، حل الذبح به، سواء كان حديدا، أو حجرا، أو بلطة، أو خشبا؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سنا أو ظفرا» . متفق عليه.

وعن عدي بن حاتم قال: قلت: «يا رسول الله، أرأيت إن أحدنا أصاب صيدا، وليس معه سكين، أيذبح بالمروة وشقة العصا؟ فقال: امرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله» . والمروة: الصوان. وعن رجل من بني حارثة، «أنه كان يرعى لقحة، فأخذها الموت، فلم يجد شيئا ينحرها به، فأخذ وتدا، فوجأها به في لبتها حتى أهريق دمها، ثم جاء إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فأمره بأكلها» . رواه أبو داود.

وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. ونحوه قول مالك، وعمرو بن دينار. وبه قال أبو حنيفة، إلا في السن والظفر، قال: إذا كانا متصلين، لم يجز الذبح بهما، وإن كانا منفصلين، جاز. ولنا، عموم

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٤

حديث رافع، ولأن ما لم تجز الذكاة به متصلا، لم تجز منفصلا، كغير المحدد. وأما العظم غير السن، فمقتضى إطلاق قول أحمد، والشافعي، وأبي ثور، إباحة الذبح به.

وهو قول مالك، وعمرو بن دينار، وأصحابالرأي. وقال ابن جريج: يذكى بعظم الحمار، ولا يذكى بعظم القرد؛ لأنك تصلي على الحمار وتسقيه في جفنتك. وعن أحمد: لا يذكى بعظم ولا ظفر. وقال النخعي: لا يذكى بالعظم والقرن. ووجهه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة» . فعلله بكونه عظما، فكل عظم فقد وجدت فيه العلة.

والأول أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن العظم دخل في عموم اللفظ المبيح، ثم استثني السن والظفر خاصة، فيبقى سائر العظام داخلا فيما يباح الذبح به، والمنطوق مقدم على التعليل، ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة، ولا يحرم". (١)

٢٩٣. ٢٩٣-"عن أحمد، ما يدل على هذا المعنى، فإن الفضل بن زياد قال: سألت أبا عبد الله عن من ذبح في القفا؟ قال: عامدا أو غير عامد؟ قلت: عامدا. قال: لا تؤكل، فإذا كان غير عامد، كأن التوى عليه، فلا بأس.

(٧٧٦٦) فصل: فإن ذبحها من قفاها اختيارا، فقد ذكرنا عن أحمد، أنها لا تؤكل. وهو مفهوم كلام الخرقي. وحكي هذا عن علي، وسعيد بن المسيب، ومالك، وإسحاق. قال إبراهيم النخعي: تسمى هذه الذبيحة القفينة.

وقال القاضي: إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء حلت، وإلا فلا، ويعتبر ذلك بالحركة القوية. وهذا مذهب الشافعي. وهذا أصح؛ لأن الذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة، أحله، كأكيلة السبع، والمتردية والنطيحة. ولو ضرب عنقها بالسيف فأطار رأسها، حلت بذلك. نص عليه أحمد، فقال: لو أن رجلا ضرب رأس بطة أو شاة بالسيف، يريد بذلك الذبيحة، كان له أن يأكله.

وروي عن علي، - رضي الله عنه -، أنه قال: تلك ذكاة وحية. وأفتى بأكلها عمران بن حصين. وبه قال الشعبي، وأبو حنيفة، والثوري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٩٦

وقال أبو بكر لأبي عبد الله فيها قولان. والصحيح أنها مباحة؛ لأنه اجتمع قطع ما تبقى الحياة معه مع الذبح، فأبيح، كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف.

(٧٧٦٧) فصل: فإن ذبحها من قفاها، فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء أو لا؟ نظرت؛ فإن كان الغالب بقاء ذلك، لحدة الآلة، وسرعة القتل، فالأولى إباحته؛ لأنه بمنزلة ما قطعت عنقه بضربة السيف، وإن كانت الآلة كالة، وأبطأ قطعه، وطال تعذيبه، لم يبح؛ لأنه مشكوك في وجود ما يحله، فيحرم، كما لو أرسل كلبه على الصيد، فوجد معه كلبا آخر لا يعرفه.

[مسألة ذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر]

(٧٧٦٨) مسألة؛ قال: (وذكاتها ذكاة جنينها، أشعر أو لم يشعر) يعني إذا خرج الجنين ميتا من بطن أمه بعد ذبحها، أو وجده ميتا في بطنها، أو كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح، فهو حلال.

روي هذا عن عمر، وعلي. وبه قال سعيد بن المسيب، والنخعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال ابن عمر: ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر. وروي ذلك عن عطاء، وطاوس، ومجاهد، والزهري، والحسن، وقتادة، ومالك، والليث، والحسن بن صالح، وأبي ثور؛ لأن عبد الله بن كعب بن مالك، قال: كان". (١)

٢٩٤. ٢٩٤-"أن لا يكون بأكلها بأس. وروي ذلك بإسناده عن عقيل بن عمير، وطاوس. وقالا: تحركت. ولم يقولا: سال الدم. وهذا على مذهب أبي حنيفة.

وقال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن شاة مريضة، خافوا عليها الموت، فذبحوها، فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها، أو حركت يدها أو رجلها أو ذنبها بضعف، فنهر الدم؟ قال: فلا بأس به. وقال ابن أبي موسى: إذا انتهت إلى حد لا تعيش معه، لم تبح بالذكاة.

ونص عليه أحمد، فقال: إذا شق الذئب بطنها، فخرج قصبها، فذبحها، لا تؤكل. وقال: إن كان يعلم أنها تموت من عقر السبع، فلا تؤكل وإن ذكاها. وقد يخاف على الشاة الموت من العلة والشيء يصيبها، فيبادرها فيذبحها، فيأكلها. وليس هذا مثل هذه، لا يدري، لعلها تعيش، والتي قد خرجت أمعاؤها، يعلم أنها لا تعيش. وهذا قول أبي يوسف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٠

والأول أصح؛ لأن عمر – رضي الله عنه – انتهى به الجرح إلى حد علم أنه لا يعيش معه، فوصى، فقبلت وصاياه، ووجبت العبادة عليه، وفيما ذكرنا من عموم الآية والخبر، وكون النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يستفصل في حديث جارية كعب، ما يرد هذا، وتحمل نصوص أحمد، على شاة خرجت أمعاؤها، وبانت منها، فتلك لا تحل بالذكاة؛ لأنها في حكم الميت، ولا تبقى حركتها إلا كحركة المذبوح، فأما ما خرجت أمعاؤها، ولم تبن منها، فهي في حكم الحياة تباح بالذبح، ولهذا قال الخرقي، في من شق بطن رجل، فأخرج حشوته، فقطعها فأبانها، ثم ضرب عنقه آخر، فالقاتل هو الأول. ولو شق بطن رجل، وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثاني.

وقال بعض أصحابنا : إذا كانت تعيش معظم اليوم، حلت بالذكاة. وهذا التحديد بعيد، يخالف ظواهر النصوص، ولا سبيل إلى معرفته. وقوله في حديث جارية كعب: فأدركتها فذكتها بحجر. يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها في ساعتها. والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمنا يكون الموت بالذبح أسرع منه، حلت بالذبح، وأنها متى كانت مما لا يتيقن موتها، كالمريضة، أنها متى تحركت، وسال دمها، حلت والله أعلم.

[مسألة المحرم من الحيوان]

(٧٧٨٠) مسألة؛ قال: (والمحرم من الحيوان، ما نص الله تعالى عليه في كتابه، وما كانت العرب تسميه طيبا فهو حلال، وما كانت تسميه خبيثا، فهو محرم؛ لقول الله تعالى ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] يعني بقوله: ما سمى الله تعالى في كتابه. قوله سبحانه: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به﴾ [المائدة: ٣] . وما عدا هذا، فما استطابته العرب، فهو حلال؛ لقول الله تعالى ﴿ويحل لهم الطيبات﴾ [الأعراف: ١٥٧] . يعني يستطيبونه دون الحلال، بدليل قوله في الآية الأخرى ﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات﴾ [المائدة: ٤] . ولو أراد الحلال لم يكن ذلك جوابا لهم. وما استخبثته العرب، فهو محرم؛". (١)

٢٩٥. ٢٩٥-"والضبع، محرم.

قال قتادة: ما البغل إلا شيء من الحمار. وعن جابر قال: ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٥

فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل.

[فصل حكم ألبان الحمر]

(٧٧٨٤) فصل: وألبان الحمر محرمة، في قول أكثرهم. ورخص فيها عطاء، وطاوس والزهري. والأول أصح؛ لأن حكم الألبان حكم اللحمان.

[مسألة حكم أكل كل ذي ناب من السباع]

(٧٧٨٥) مسألة؛ قال: (وكل ذي ناب من السباع، وهي التي تضرب بأنيابها الشيء وتفرس) أكثر أهل العلم يرون تحريم كل ذي ناب قوي من السباع، يعدو به ويكسر، إلا الضبع، منهم مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحابالحديث وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الشعبي، وسعيد بن جبير، وبعض أصحاب مالك: هو مباح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿قل لا أجد في ما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه﴾ [الأنعام: ١٤٥] .

وقوله سبحانه: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣] ولنا، ما روى أبو ثعلبة الخشني، قال: «نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذي ناب من السباع» . متفق عليه. وقال أبو هريرة: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أكل كل ذي ناب من السباع حرام» . قال ابن عبد البر: هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته.

وهذا نص صريح يخص عموم الآيات، فيدخل في هذا الأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والكلب، والخنزير. وقد روي عن الشعبي، أنه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب؟ فقال: لا شفاه الله. وهذا يدل على أنه رأى تحريمه.

[فصل حكم أكل القرد]

(٧٧٨٦) فصل: ولا يباح أكل القرد. وكرهه عمر، وعطاء، ومجاهد، ومكحول، والحسن، ولم يجيزوا بيعه. قال ابن عبد البر: لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا أن القرد لا يؤكل، ولا يجوز بيعه. وروي عن الشعبي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن لحم القرد. ولأنه سبع، فيدخل في عموم الخبر، وهو مسخ أيضا، فيكون من الخبائث المحرمة.

[فصل حكم أكل ابن آوى والنمس وابن عرس]

(٧٧٨٧) فصل: وابن آوى، والنمس، وابن عرس، حرام. سئل أحمد عن ابن آوى وابن عرس فقال: كل شيء ينهش". (١)

٢٩٦. ٢٩٦-"الشجرتين، فلا يقربن مصلانا» . وفي رواية: «فلا يقربنا في مساجدنا» . رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وليس أكلها محرما؛ لما روى أبو أيوب «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث إليه بطعام لم يأكل منه النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكر ذلك له، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: فيه الثوم. فقال: يا رسول الله، أحرام هو؟ قال: لا، ولكنني أكرهه من أجل ريحه» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لعلي: «كل الثوم، فلولا أن الملك يأتيني لأكلته» .

وإنما منع أكلها لئلا يؤذي الناس برائحته؛ ولذلك نهي عن قربان المساجد، فإن أتى المساجد كره له ذلك، ولم يحرم عليه؛ لما روى المغيرة بن شعبة، قال: «أكلت ثوما، وأتيت مصلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد سبقت بركعة، فلما دخلت المسجد، وجد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ريح الثوم، فلما قضى صلاته، قال: من أكل من هذه الشجرة، فلا يقربنا حتى يذهب ريحها. فجئت، فقلت: يا رسول الله: لتعطني يدك. قال: فأدخلت يده في كم قميصي إلى صدري، فإذا أنا معصوب الصدر، فقال: إن لك عذرا» . رواه أبو داود.

وقد روي عن أحمد، أنه يأثم؛ لأن ظاهر النهي التحريم، ولأن أذى المسلمين حرام وهذا فيه أذاهم.

[فصل حكم أكل الغدة وأذن القلب]

فصل: ويكره أكل الغدة، وأذن القلب؛ لما روي عن مجاهد، قال: كره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من الشاة ستا. وذكر هذين. ولأن النفس تعافهما وتستخبثهما، ولا أظن أحمد كرههما إلا لذلك، لا للخبر؛ لأنه قال فيه: هذا حديث منكر. ولأن في الخبر ذكر الطحال. وقد قال أحمد: لا بأس به، ولا أكره منه شيئا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٨

(٧٨٤١) فصل: وقيل لأبي عبد الله الجبن؟ قال: يؤكل من كل.
وسئل عن الجبن الذي يصنعه المجوس؟ فقال ما أدري، إلا أن أصح حديث فيه حديث الأعمش، عن أبي وائل، عن عمرو بن شرحبيل، قال: سئل عمر عن الجبن، وقيل له: يعمل فيه الإنفحة الميتة. فقال: سموا أنتم، وكلوا. رواه أبو معاوية، عن الأعمش. وقال أليس الجبن الذي نأكله عامته يصنعه المجوس؟ .". (١)

٢٩٧. ٢٩٧-"عن سبعة. وقال أيضا: كنا نتمتع مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنذبح البقرة عن سبعة، نشترك فيها. رواه مسلم. وهذان أصح من حديثهم.
وأما حديث رافع، فهو في القسمة، لا في الأضحية. إذا ثبت هذا، فسواء كان المشتركون من أهل بيت، أو لم يكونوا، مفترضين أو متطوعين أو كان بعضهم يريد القربة وبعضهم يريد اللحم؛ لأن كل إنسان منهم إنما يجزئ عنه نصيبه، فلا تضره نية غيره في عشره.

[فصل لا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة]
(٧٨٥٥) فصل: ولا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة، أو بقرة أو بدنة. نص عليه أحمد. وبه قال مالك والليث والأوزاعي وإسحاق.
وروي ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة. قال صالح: قلت لأبي: يضحى بالشاة عن أهل البيت؟ قال: نعم، لا بأس، قد ذبح النبي - صلى الله عليه وسلم - كبشين، فقرب أحدهما، فقال: «بسم الله، اللهم هذا عن محمد وأهل بيته» . وقرب الآخر، فقال: «بسم الله، اللهم هذا منك ولك، عمن وحدك من أمتي» . وحكي عن أبي هريرة، أنه كان يضحي بالشاة، فتجيء ابنته، فتقول: عني؟ فيقول: وعنك. وكره ذلك الثوري وأبو حنيفة؛ لأن الشاة لا تجزئ عن أكثر من واحد، فإذا اشترك فيها اثنان، لم تجز عنهما، كالأجنبيين.
ولنا ما روى مسلم، بإسناده عن عائشة «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بكبش ليضحي به، فأضجعه، ثم ذبحه، ثم قال: بسم الله، اللهم تقبل من محمد وآل محمد» . وعن جابر، قال «ذبح رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم الذبح كبشين أملحين أقرنين، فلما وجههما قال: وجهت

---
(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٣٠

وجهي للذي فطر السموات والأرض، على ملة، إبراهيم حنيفا، مسلما، وما أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين، اللهم منك ولك، عن محمد وأمته، بسم الله، والله أكبر. ثم ذبح» . رواه أبو داود.

وروى ابن ماجه، عن أبي أيوب، قال: «كان الرجل في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - يضحي بالشاة عنه وعن أهل بيته، فيأكلون، ويطعمون الناس» . حديث حسن صحيح.

(٧٨٥٦) فصل: وأفضل الأضاحي البدنة، ثم البقرة، ثم الشاة، ثم شرك في بقرة. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال مالك: الأفضل الجذع من الضأن، ثم البقرة، ثم البدنة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضحى بكبشين، ولا يفعل إلا الأفضل، ولو علم الله خيرا منه لفدى به إسحاق.". (١)

٢٩٨. ٢٩٨-"أما العيوب الأربعة الأول، فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أنها تمنع الإجزاء؛ لما روى البراء قال: قام فينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: «أربع لا تجوز في الأضاحي؛ العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين ظلعها والعجفاء التي لا تنقي» . رواه أبو داود، والنسائي.

ومعنى العوراء البين عورها، التي قد انخسفت عينها، وذهبت؛ لأنها قد ذهبت عينها، والعين عضو مستطاب، فإن كان على عينها بياض ولم تذهب، جازت التضحية بها؛ لأن عورها ليس ببين، ولا ينقص ذلك لحمها. والعجفاء المهزولة التي لا تنقي، هي التي لا مخ لها في عظامها؛ لهزالها، والنقي: المخ، قال الشاعر:

لا يشتكين عملا ما أنقين ... ما دام مخ في سلامى أو عين

فهذه لا تجزئ؛ لأنها لا لحم فيها، إنما هي عظام مجتمعة.

وأما العرجاء البين عرجها: فهي التي بها عرج فاحش، وذلك يمنعها من اللحاق بالغنم فتسبقها إلى الكلإ فيرعينه ولا تدركهن، فينقص لحمها، فإن كان عرجا يسيرا لا يفضي بها إلى ذلك، أجزأت. وأما المريضة التي لا يرجى برؤها: فهي التي بها مرض قد يئس من زواله؛ لأن ذلك ينقص لحمها وقيمتها نقصا كبيرا، والذي في الحديث المريضة البين مرضها، وهي التي يبين أثره عليها؛ لأن ذلك ينقص

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٣٨

لحمها ويفسده، وهو أصح.

وذكر القاضي أن المراد بالمريضة الجرباء؛ لأن الجرب يفسد اللحم ويهزل إذا كثر. وهذا قول أصحاب الشافعي. وهذا تقييد للمطلق، وتخصيص للعموم بلا دليل، والمعنى يقتضي العموم كما يقتضيه اللفظ، فإن كان المرض يفسد اللحم وينقصه، فلا معنى للتخصيص مع عموم اللفظ والمعنى.

وأما العضب: فهو ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن، وذلك يمنع الإجزاء أيضا. وبه قال النخعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي: تجزئ مكسورة القرن. وروي نحو ذلك عن علي وعمر وعمار وابن المسيب والحسن. وقال مالك: إن كان قرنها يدمى، لم يجز، وإلا جاز.

وقال عطاء ومالك: إذا ذهبت الأذن كلها، لم يجز، وإن ذهب يسير، جاز. واحتجوا بأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أربع لا تجوز في الأضاحي» . يدل على أن غيره يجزئ؛ ولأن في حديث البراء، عن عبيد بن فيروز، قال: قلت للبراء فإني أكره النقص من القرن ومن الذنب. فقال: اكره لنفسك ما شئت،". (١)

٢٩٩. ٢٩٩-"الأسماء إلي عبد الله، وعبد الرحمن» حديث صحيح. وروي عن سعيد بن المسيب، أنه قال: أحب الأسماء إلى الله تعالى، أسماء الأنبياء، «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - تسموا باسمي، ولا تكنوا بكنيتي» . وفي رواية: «لا تجمعوا بين اسمي وبين كنيتي.»

[فصل يكره أن يلطخ رأس المولود بدم]

(٧٩٠٠) فصل: ويكره أن يلطخ رأسه بدم. كره ذلك أحمد، والزهري، ومالك، والشافعي، وابن المنذر. وحكي عن الحسن، وقتادة، أنه مستحب؛ لما روي في حديث سمرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الغلام مرتهن بعقيقته، تذبح عنه يوم السابع، ويدمى» . رواه همام، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة. قال ابن عبد البر: لا أعلم أحدا قال هذا إلا الحسن وقتادة، وأنكره سائر أهل العلم، وكرهوه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «مع الغلام عقيقته فأهريقوا عنه دما، وأميطوا عنه الأذى» . رواه أبو داود.

وهذا يقتضي أن لا يمس بدم؛ لأنه أذى. وروى يزيد بن عبد المزني، عن أبيه، أن النبي - صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤١

عليه وسلم - قال: «يعق عن الغلام، ولا يمس رأسه بدم» . قال مهنا: ذكرت هذا الحديث لأحمد، فقال: ما أظرفه. ورواه ابن ماجه، ولم يقل: عن أبيه. ولأن هذا تنجيس له، فلا يشرع، كلطخه بغيره من النجاسات، وقال بريدة: كنا في الجاهلية، إذا ولد لأحدنا غلام، ذبح شاة، ويلطخ رأسه بدمها، فلما جاء الإسلام، كنا نذبح شاة، ونحلق رأسه، ونلطخه بزعفران. رواه أبو داود.

فأما رواية من روى: " ويدمى " فقال أبو داود " ويسمى " أصح. هكذا قال سلام بن أبي مطيع، عن قتادة، وإياس بن دغفل، عن الحسن، ووهم همام، فقال: " ويدمى "، قال أحمد: قال فيه ابن أبي عروبة " يسمى ". وقال همام " يدمى " وما أراه إلا خطأ. وقد قيل: هو تصحيف من الراوي.

[مسألة يجتنب في العقيقة من العيب ما يجتنب في الأضحية]

(٧٩٠١) مسألة؛ قال: ويجتنب فيها من العيب ما يجتنب في الأضحية". (١)

٣٠٠. ٣٠٠-"يعني فلا كفارة عليه في الحنث. وقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم، ولا في معصية الله - تعالى ولا في قطيعة رحم، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها، فليدعها، وليأت الذي هو خير، فإن تركها كفارة» . رواه أبو داود. ولأن الكفارة إنما تجب لرفع الإثم، ولا إثم في الطاعة. ولأن اليمين كالنذر، ولا نذر في معصية الله - تعالى.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه. وقال: إني والله، إن شاء الله، لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيرا منها، إلا أتيت الذي هو خير، وكفرت عن يميني» . أخرجه البخاري. وحديثهم لا يعارض حديثنا؛ لأن حديثنا أصح منه وأثبت.

ثم إنه يحتمل أن تركها كفارة لإثم الحلف، والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة. وقولهم: إن الحنث طاعة. قلنا: فاليمين غير طاعة، فتلزمه الكفارة؛ للمخالفة، ولتعظيم اسم الله - تعالى - إذا حلف به ولم يبر يمينه. إذا ثبت هذا، نظرنا في يمينه، فإن كانت على ترك شيء ففعله، حنث، ووجبت الكفارة. وإن كانت على فعل شيء فلم يفعله، وكانت يمينه مؤقتة بلفظه، أو نيته، أو قرينة حاله، ففات الوقت،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٦٢

حنث، وكفر.
وإن كانت مطلقة، لم يحنث إلا بفوات وقت الإمكان؛ لأنه ما دام في الوقت والفعل ممكن، فيحتمل أن يفعل فلا يحنث؛ ولهذا «قال عمر للنبي - صلى الله عليه وسلم -: ألم تخبرنا أنا نأتي البيت، ونطوف به؟ قال: فأخبرتك أنك تأتيه العام؟ قال: لا. قال: فإنك آتيه ومطوف به» . وقد قال الله - تعالى: ﴿قل بلى وربي لتبعثن﴾ [التغابن: ٧] . وهو حق، ولم يأت بعد.

[مسألة حلف على شيء ففعله ناسيا]
(٧٩٤٧) مسألة؛ قال: (وإن فعله ناسيا، فلا شيء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق) وجملة ذلك أن من حلف أن لا يفعل شيئا، ففعله ناسيا. فلا كفارة عليه. نقله عن أحمد الجماعة، إلا في الطلاق والعتاق، فإنه يحنث. هذا ظاهر المذهب. واختاره الخلال وصاحبه. وهو قول أبي عبيد. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضا، وهذا قول عطاء، وعمرو بن دينار، وابن أبي نجيح، وإسحاق، قالوا: لا حنث على الناسي في طلاق ولا غيره.
وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب: ٥] .". (١)

٣٠١. ٣٠١-"وإن قال: والعهد والميثاق لأفعلن. ونوى عهد الله، كان يمينا؛ لأنه نوى الحلف بصفة من صفات الله - تعالى. وإن أطلق، فقال القاضي: فيه روايتان؛ إحداهما يكون يمينا؛ لأن لام التعريف إن كانت للعهد، يجب أن تنصرف إلى عهد الله؛ لأنه الذي عهدت اليمين به، وإن كانت للاستغراق، دخل فيه ذلك والثانية، لا يكون يمينا؛ لأنه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة، ولم يصرفه إلى ذلك بنيته، فلا تجب الكفارة؛ لأن الأصل عدمها.

[مسألة الحلف بالخروج من الإسلام]
(٧٩٦٦) مسألة؛ قال: (أو بالخروج من الإسلام) اختلفت الرواية عن أحمد، في الحلف بالخروج من الإسلام، مثل أن يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، إن فعل كذا أو: هو بريء من الإسلام،

---
(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٩٤

أو من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أو من القرآن، إن فعل. أو يقول: هو يعبد الصليب، أو يعبدك، أو يعبد غير الله - تعالى، إن فعل. أو نحو هذا، فعن أحمد: عليه الكفارة إذا حنث. يروى هذا عن عطاء، وطاوس، والحسن، والشعبي، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحابالرأي. ويروى ذلك عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه -.

والرواية الثانية: لا كفارة عليه. وهو قول مالك، والشافعي، والليث، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه لم يحلف باسم الله، ولا صفته، فلم تلزمه كفارة، كما لو قال: عصيت الله فيما أمرني. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الرواية الأولى على الندب، دون الإيجاب؛ لأنه قال، في رواية حنبل: إذا قال: أكفر بالله، أو أشرك بالله. فأحب إلي أن يكفر كفارة يمين إذا حنث.

ووجه الرواية الأولى، ما روي عن الزهري، عن خارجة بن زيد، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه سئل عن الرجل يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو بريء من الإسلام. في اليمين يحلف بها، فيحنث في هذه الأشياء، فقال: «عليه كفارة يمين» . أخرجه أبو بكر. ولأن البراءة من هذه الأشياء توجب الكفر بالله، فكان الحلف يمينا، كالحلف بالله - تعالى.

والرواية الثانية أصح، إن شاء الله - تعالى، فإن الوجوب من الشارع، ولم يرد في هذه اليمين نص، ولا هي في قياس المنصوص، فإن الكفارة إنما وجبت في الحلف باسم الله تعظيما لاسمه، وإظهارا لشرفه وعظمته، ولا تتحقق التسوية.

[فصل قال هو يستحل الخمر والزنى إن فعل ثم حنث]

(٧٩٦٧) فصل: وإن قال: هو يستحل الخمر والزنى إن فعل. ثم حنث، أو قال: هو يستحل ترك الصلاة أو الصيام". (١)

٣٠٢. ٣٠٢-"إحدانا، فقالت له ذلك، فقال: «لا، بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش، ولن أعود له» . فنزل: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضات أزواجك﴾ [التحريم: ١] . متفق عليه، فإن قيل: إنما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية، كذلك قال الحسن، وقتادة.

قلنا: ما ذكرناه أصح؛ فإنه متفق عليه، وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل، المشاهدة للحال،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٧

أولى، والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة، لم يعدلا به شيئا، ولم يصيرا إلى غيره، فكيف يصار إلى قولهما، ويترك قولها؟ وقد روي عن ابن عباس، وابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه جعل تحريم الحلال يمينا.

ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية، كان حجة لنا؛ لأنها من الحلال الذي حرم، وليست زوجة، فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضي وجوبه في كل حلال حرم، بالقياس عليها؛ لأنه حرم الحلال فأوجب الكفارة، كتحريم الأمة والزوجة، وما ذكروه يبطل بتحريمها. وإذا قال: هذه ربيبتي. يقصد تحريمها، فهو ظهار.

[مسألة أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله]

(٧٩٧٠) مسألة؛ قال: (أو يقول: أقسم بالله، أو أشهد بالله، أو أعزم بالله) هذا قول عامة الفقهاء، لا نعلم فيه خلافا، وسواء نوى اليمين، أو أطلق؛ لأنه لو قال: بالله. ولم يقل: أقسم، ولا أشهد، ولم يذكر الفعل، كان يمينا، وإنما كان يمينا بتقدير الفعل قبله؛ لأن الباء تتعلق بفعل مقدر، على ما ذكرناه، فإذا أظهر الفعل، ونطق بالمقدر، كان أولى بثبوت حكمه، وقد ثبت له عرف الاستعمال، قال الله تعالى: ﴿فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] .

وقال تعالى: ﴿وأقسموا بالله﴾ [الأنعام: ١٠٩] . وقال: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾ [النور: ٦] ويقول الملاعن في لعانه: أشهد بالله إني لمن الصادقين. وتقول المرأة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين. وأنشد أعرابي عمر

أقسم بالله لتفعلنه

وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي، فقال: أقسمت بالله، أو شهدت بالله.

قال عبد الله بن". (١)

٣٠٣. ٣٠٣-"أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق فيما لا يملك، ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك» قال الترمذي وهذا حديث حسن، وهو أحسن ما روي في هذا الباب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٩

وعن عائشة – رضي الله عنها – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم، وإن عينها» رواه الدارقطني وروى أبو بكر في الشافي عن الخلال، عن الرمادي، عن عبد الرزاق، عن معمر، عن جويبر، عن الضحاك، عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا طلاق قبل نكاح» .

قال أحمد: هذا عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وعدة من الصحابة. ولأن من لا يقع طلاقه وعتقه بالمباشرة، لم تنعقد له صفة، كالمجنون، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا. والرواية الثانية عن أحمد، أنه يصح في العتق ولا يصح في الطلاق. قال، في رواية أبي طالب: إذا قال: إن اشتريت هذا الغلام فهو حر. فاشتراه عتق، وإن قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق.

فهذا غير الطلاق، هذا حق لله تعالى، والطلاق يمين، ليس هو لله تعالى، ولا فيه قربة إلى الله – تعالى. قال أبو بكر في كتاب الشافي: لا يختلف قول أبي عبد الله، أن الطلاق إذا وقع قبل النكاح لا يقع، وأن العتاق يقع، إلا ما روى محمد بن الحسن بن هارون في العتق، أنه لا يقع، وما أراه إلا غلطا، كذلك سمعت الخلال يقول، فإن كان حفظ فهو قول آخر. والفرق بينهما، أن ناذر العتق يلزمه الوفاء به، وأن ناذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به، فكما افترقا في النذر، جاز أن يفترقا في اليمين، ولأنه لو قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر. فإنه يصح وهو تعليق للحرية على الملك.

وعن أحمد، – رحمه الله –، ما يدل على وقوع الطلاق والعتق. وهو قول الثوري، وأصحابالرأي؛ لأنه يصح تعليقه على الأخطار، فصح تعليقه على حدوث الملك، كالوصية والنذر واليمين. وقال مالك: إن خص جنسا من الأجناس، أو عبدا بعينه، عتق إذا ملكه، وإن قال: كل عبد أملكه فهو حر. لم يصح. والأول أصح، إن شاء الله – تعالى؛ لأنه تعليق للطلاق والعتاق قبل الملك، فأشبه ما لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق. أو لأمة غيره: إن دخلت الدار فأنت حرة ثم تزوج الأجنبية، وملك الأمة، ودخلتا الدار، فإن الطلاق لا يقع، ولا تعتق الأمة، بغير خلاف نعلمه.

[مسألة حلف أن لا ينكح فلانة أو لا اشتريت فلانة فنكحها نكاحا فاسدا]

(٨٠٠٢) مسألة؛ قال: ولو حلف أن لا ينكح فلانة، أو: لا اشتريت فلانة. فنكحها نكاحا فاسدا،

أو اشتراها شراء فاسدا، لم يحنث". (١)

٣٠٤. ٣٠٤-"كاختصاص الهدية والعمرى باسمين، ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة، وكذلك اختلاف الأحكام، فإنه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس، كما يثبت للآدمي من الأحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان. وإن وصى له، لم يحنث؛ لأن الهبة تمليك في الحياة، والوصية إنما تملك بالقبول بعد الموت.

وإن أعاره، لم يحنث؛ لأن الهبة تمليك الأعيان، وليس في العارية تمليك عين، ولأن المستعير لا يملك المنفعة، وإنما يستبيحها، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها، ولا يملك المستعير إجارتها، ولا إعارتها. هذا قول القاضي، ومذهب الشافعي. وقال أبو الخطاب: يحنث؛ لأن العارية هبة المنفعة. والأول **أصح**.

وإن أضافه، لم يحنث؛ لأنه لم يملكه شيئا، وإنما أباحه، ولهذا لا يملك التصرف بغير الأكل. وإن باعه وحاباه، لم يحنث؛ لأنه معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع، ولو كان هبة أو بعضه هبة، لم يملك أخذه كله. وقال أبو الخطاب: يحنث، في أحد الوجهين؛ لأنه يترك له بعض المبيع بغير ثمن، أو وهبه بعض الثمن. وإن وقف عليه، فقال أبو الخطاب: يحنث؛ لأنه تبرع له بعين في الحياة. ويحتمل أن لا يحنث؛ لأن الوقف لا يملك، في رواية.

وإن حلف لا يتصدق عليه، فوهب له، لم يحنث؛ لأن الصدقة نوع من الهبة، ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر، ولا يثبت للجنس حكم النوع، ولهذا حرمت الصدقة على النبي - صلى الله عليه وسلم -، ولم تحرم الهبة ولا الهدية. وإن حلف لا يهب له شيئا، فأسقط عنه دينا، لم يحنث إلا أن ينوي؛ لأن الهبة تمليك عين، وليس له إلا دين في ذمته.

[مسألة حلف أن لا يشتري فلانا أو لا يضربه فوكل في الشراء والضرب]

مسألة؛ قال: ولو حلف أن لا يشتري فلانا، أو لا يضربه، فوكل في الشراء والضرب، حنث وجملته أن من حلف أن لا يفعل شيئا، فوكل من فعله، حنث، إلا أن ينوي مباشرته بنفسه. ونحو هذا قول مالك، وأبي ثور. وقال الشافعي: لا يحنث، إلا أن ينوي بيمينه أن لا يستنيب في فعله، أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته؛ لأن إطلاق إضافة الفعل يقتضي مباشرته؛ بدليل أنه لو وكله في البيع لم يجز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٦/٩

للوكيل توكيل غيره.
وإن حلف لا يبيع ولا يضرب، فأمر من فعله، فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه، لم يحنث، وإن كان ممن لا يتولاه، كالسلطان، ففيه قولان. وإن حلف لا يحلق رأسه، فأمر من حلقه، فقيل: فيه قولان وقيل: يحنث، قولا واحدا. وقال أصحاب الرأي: إن حلف لا يبيع، فوكل من باع، لم يحنث، وإن حلف لا يضرب، ولا يتزوج، فوكل من فعله، حنث.
ولنا أن الفعل يطلق على من وكل فيه، وأمر به، فيحنث به، كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه، وكما لو حلف لا يحلق رأسه، فأمر من حلقه، أو لا يضرب، فوكل من ضرب عند أبي حنيفة، وقد قال الله تعالى:". (١)

٣٠٥. ٣٠٥-"[فصل إجابة من سأل بالله]
(٨٠١٧) فصل: ويستحب إجابة من سأل بالله؛ لما روى ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «من استعاذ بالله فأعيذوه، ومن سألكم بالله فأعطوه، ومن استجار بالله فأجيروه، ومن أتى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا، فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأتموه» وعن أبي ذر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «ثلاثة يحبهم الله، وثلاثة يبغضهم الله؛ أما الذين يحبهم الله؛ فرجل سأل قوما، فسألهم بالله، ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم، فتخلف رجل بأعقابهم، فأعطاه سرا، لا يعلم بعطيته إلا الله - عز وجل - والذي أعطاه، وقوم ساروا ليلتهم حتى إذا كان النوم أحب إليهم مما يعدل به، فوضعوا رءوسهم، فقام يتملقني ويتلو آياتي، ورجل كان في سرية، فلقوا العدو فهزموا، فأقبل بصدره حتى يقتل أو يفتح له، والثلاثة الذين يبغضهم الله؛ الشيخ الزاني، والفقير المختال، والغني الظلوم» رواهما النسائي.

[فصل قال حلفت ولم يكن حلف]
(٨٠١٨) فصل: إذا قال: حلفت. ولم يكن حلف، فقال أحمد: هي كذبة، ليس عليه يمين. وعنه: عليه الكفارة؛ لأنه أقر على نفسه. والأول هو المذهب، لأنه حكم فيما بينه وبين الله - تعالى، فإذا كذب في الخبر به، لم يلزمه حكمه، كما لو قال: ما صليت. وقد صلى. ولو قال: علي يمين. ونوى

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٣٠

الخبر، فهي كالتي قبلها، وإن نوى القسم، فقال أبو الخطاب: هي يمين. وهو قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي: ليس بيمين؛ لأنه لم يأت باسم الله - تعالى - المعظم، ولا صفته، فلم يكن يمينا، كما لو قال: حلفت.

وهذا أصح، إن شاء الله؛ فإن هذه ليست صيغة اليمين والقسم، وإنما هي صيغة الخبر، فلا يكون بها حالفا، وإن قدر ثبوت حكمها، لزمه أقل ما يتناوله الاسم، وهو يمين ما، وليست كل يمين موجبة للكفارة، فلا يلزمه شيء. ووجه الأول، أنه كناية عن اليمين وقد نوى بها اليمين، فتكون يمينا، كالصريح.". (١)

٣٠٦. ٣٠٦-"ولنا، قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] . والتحرير فعل العتق، ولم يحصل العتق هاهنا بتحرير منه، ولا إعتاق، فلم يكن ممتثلا للأمر، ولأن عتقه مستحق بسبب آخر، فلم يجزئه، كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته، أو كأم الولد، ويخالف المشتري البائع من وجهين؛ أحدهما، أن البائع يعتقه، والمشتري لم يعتقه، إنما يعتق بإعتاق الشرع، وهذا عن غير اختيار منه. والثاني، أن البائع لا يستحق عليه إعتاقه، والمشتري بخلافه.

[فصل ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته]

(٨٠٤١) فصل: إذا ملك نصف عبد، فأعتقه عن كفارته، عتق، وسرى إلى باقيه إن كان موسرا بقيمة باقيه، ولم يجزئه عن كفارته، في قول أبي بكر الخلال، وصاحبه، وحكاه عن أحمد. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل بإعتاقه، إنما حصل بالسراية، وهي غير فعله، وإنما هي من آثار فعله فأشبه ما لو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة، يحقق هذا، أنه لم يباشر بالإعتاق إلا نصيبه، فسرى إلى غيره، ولو خص نصيب غيره بالإعتاق، لم يعتق منه شيء، ولأنه إنما يملك إعتاق نصيبه، لا نصيب غيره. وقال القاضي: قال غيرهما من أصحابنا : يجزئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته.

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه أعتق عبدا كامل الرق، سليم الخلق، غير مستحق العتق، ناويا به الكفارة، فأجزأه، كما لو كان الجميع ملكه. والأول أصح، إن شاء الله، ولا نسلم أنه أعتق العبد كله، وإنما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٣٦

أعتق نصفه، وعتق الباقي عليه، فأشبه شراء قريبه، ولأن إعتاق باقيه مستحق بالسراية، فهو كالقريب، فعلى هذا: هل يجزئه عتق نصفه الذي هو ملكه ويعتق نصفا آخر، فتكمل الكفارة؟ ينبني على ما إذا أعتق نصفي عبدين، وسنذكره إن شاء الله - تعالى.
وإن نوى عتق نصيبه عن الكفارة، ولم ينو ذلك في نصيب شريكه، لم يجزئه نصيب شريكه وفي نصيبه نفسه ما سنذكره، إن شاء الله تعالى. ولو كان معسرا، فأعتق نصيبه عن كفارته، فكذلك، فإن ملك باقيه، فأعتقه عن الكفارة، أجزأه ذلك، وإن أراد صيام شهر، وإطعام ثلاثين مسكينا، لم يجزئه، كما لو أعتق نصف عبد في كفارة اليمين، وأطعم خمسة مساكين أو كساهم، لم يجزئه.

[فصل كان العبد كله له فأعتق جزءا منه في كفارة اليمين]
(٨٠٤٢) فصل: وإن كان العبد كله له، فأعتق جزءا منه معينا، أو مشاعا عتق جميعه. فإن كان نوى به الكفارة، أجزأ عنه؛ لأن إعتاق بعض العبد إعتاق لجميعه، وإن نوى إعتاق الجزء الذي باشره بالإعتاق عن الكفارة دون غيره، لم يجزئه عتق غيره. وهل يحتسب بما نوى به الكفارة؟ على وجهين.". (١)

٣٠٧. ٣٠٧-"لله - تعالى، فإذا كان مطالبا بالدين، وجب تقديمه، كزكاة الفطر، فإن لم يكن مطالبا بالدين، فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما تجب الكفارة؛ لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال، فلم تسقط بالدين، كزكاة الفطر. والثانية لا تجب؛ لأنها حق لله تعالى، يجب في المال فأسقطها الدين، كزكاة المال.
وهذا أصح؛ لأن حق الآدمي أولى بالتقديم، لشحه، وحاجته إليه، وفيه نفع للغريم، وتفريغ ذمة المدين، وحق الله - تعالى - مبني على المسامحة؛ لكرمه وغناه، ولأن الكفارة بالمال لها بدل، ودين الآدمي لا بدل له، ويفارق صدقة الفطر؛ لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره، كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه، ولا بدل لها، بخلاف الكفارة.

[فصل فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام]
(٨٠٥٨) فصل: فإن كان له مال غائب، أو دين يرجو وفاءه، لم يكفر بالصيام. وهذا قول الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٥١/٩

وقال أبو حنيفة: يجزئه الصيام؛ لأنه غير واجد، فأجزأه الصيام، عملا بقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] .

وقياسا على المعسر، والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدي في موضعه، انتقل إلى الصيام، ولو عدم الماء في موضعه، انتقل إلى التيمم، ولو عدم المظاهر المال في موضعه، انتقل إلى الصيام، والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان، ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال، أشبه هذه الأصول. ولنا، أنه حق مال يجب على وجه الطهرة، فلم تمنع الغيبة وجوبه، كالزكاة، ولأنه غير مؤقت، ولا ضرر في تأخيره، فلم يسقط بغيبته، كالزكاة، وفارق الهدي؛ فإن له وقتا يفوت بالتأخير، والتيمم يفضي تأخيره إلى فوات الصلاة، وتأخير كفارة الظهار يفضي إلى ترك الوطء، وفيه ضرر، بخلاف مسألتنا، ولا نسلم عدم التمكن؛ ولهذا صح بيع الغائب، مع أن التمكن من التسليم شرط.

[مسألة من ملك رقبة تجزئ في الكفارة لا يجزئه الصيام]

(٨٠٥٩) مسألة؛ قال (ومن له دار لا غنى له عن سكناها، أو دابة يحتاج إلى ركوبها، أو خادم يحتاج إلى خدمته، أجزأه الصيام في الكفارة) وجملته أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية، والسكنى من الحوائج الأصلية، وكذلك الدابة التي يحتاج إلى ركوبها؛ لكونه لا يطيق المشي فيما يحتاج إليه، أو لم تجر عادته به، وكذلك الخادم الذي يحتاج إلى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه؛ لمرض، أو كبر، أو لم تجر عادته به، فهذه الثلاثة من الحوائج الأصلية لا تمنع التكفير بالصيام، ولا الزكاة من الأخذ والكفارة.". (١)

٣٠٨.	٣٠٨-"عبده في غد، فمات العبد اليوم، ويحتمل أن يحنث؛ لأنه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه، فأشبه المكره. وإن قلنا: لا تنحل يمينه بعزله. فرفعه إليه بعد عزله، بر بذلك.

[فصل اختلف السبب والنية في الحلف]

(٨٠٧٤) فصل: فإن اختلف السبب والنية، مثل أن امتنت عليه امرأته بغزلها، فحلف أن لا يلبس ثوبا من غزلها، ينوي اجتناب اللبس خاصة، دون الانتفاع بثمنه وغيره، قدمت النية على السبب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٥٩/٩

وجها واحدا؛ لأن النية وافقت مقتضى اللفظ. وإن نوى بيمينه ثوبا واحدا، فكذلك في ظاهر كلام الخرقي.

وقال القاضي: يقدم السبب؛ لأن اللفظ ظاهر في العموم، والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه؛ لأن السبب هو الامتنان، وظاهر حاله قطع النية، فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين، والأول **أصح**؛ لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد، فإذا خالف حقيقة القصد، لم يعتبر، وكان وجوده كعدمه، فلم يبق إلا لفظه بعمومه، والنية تخصه، على ما بيناه فيما مضى.

[مسألة حلف لا يسكن دارا هو ساكنها]

(٨٠٧٥) مسألة؛ قال (ولو حلف لا يسكن دارا هو ساكنها، خرج من وقته، وإن تخلف عن الخروج من وقته، حنث) وجملة ذلك إن ساكن الدار إذا حلف لا يسكنها، فمتى أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه فيه الخروج، حنث؛ لأن استدامة السكنى كابتدائها، في وقوع اسم السكنى عليها، ألا تراه يقول: سكنت هذه الدار شهرا. كما يقول: لبست هذا الثوب شهرا؟ وبهذا قال الشافعي. وإن أقام لنقل رحله وقماشه، لم يحنث؛ لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال، فيحتاج أن ينقل ذلك معه، حتى يكون منتقلا. ويحكى عن مالك، أنه إن أقام دون اليوم والليلة، لم يحنث؛ لأن ذلك قليل يحتاج إليه في الانتقال، فلم يحنث به. وعن زفر، أنه قال: يحنث وإن انتقل في الحال؛ لأنه لا بد أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظة، فيحنث بها.

وليس بصحيح؛ فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين، ولا يقع عليه، وأما إذا أقام زمنا يمكنه الانتقال فيه، فإنه يحنث؛ لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى، فحنث به، كموضع الاتفاق، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار، فدخل إلى أول جزء منها، حنث، وإن كان قليلا؟ (٨٠٧٦) فصل: وإن أقام لنقل متاعه وأهله، لم يحنث. وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يحنث. ولنا، أن الانتقال إنما يكون بالأهل والمال، على ما سنذكره، فلا يمكنه التحرز من هذه الإقامة، فلا". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦٨

٣٠٩. ٣٠٩-"بتغيرها، كما لو حلف لا يدخلها فصارت نصا. والأول أصح؛ لأنه لم يساكنه فيها، لكون المساكنة في الدار لا تحصل مع كونهما دارين،، وفارق الدخول، فإنه دخلها متغيرة.

[فصل حلف ليخرجن من هذه الدار]

(٨٠٨٠) فصل: وإن حلف ليخرجن من هذه الدار، اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله، كما لو حلف لا يسكنها وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة، تناولت يمينه الخروج بنفسه؛ لأن الدار يخرج منها صاحبها في اليوم مرات عادة، فظاهر حاله أنه لم يرد الخروج المعتاد، وإنما أراد الخروج الذي هو النقلة، والخروج من البلد بخلاف ذلك. وإذا خرج الحالف، فهل له العود فيه؟ عن أحمد روايتان؛ إحداهما، لا شيء عليه في العود ولا يحنث به؛ لأن يمينه على الخروج وقد خرج، فانحلت يمينه، لفعل ما حلف عليه، فلم يحنث فيما بعد.

والثانية، يحنث بالعود؛ لأن ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه، ولا يحصل ذلك بالعود. ويمكن حمل هذه الرواية على أن للمحلوف عليه سببا هيج يمينه، أو دلت قرينة حاله على إرادته هجرانه، أو نوى ذلك بيمينه، فاقتضت يمينه دوام اجتنابها. وإن لم يكن كذلك، لم يحنث بالعود؛ لأن اليمين تحمل عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ، ومقتضاه هاهنا الخروج، وقد فعله، فانحلت يمينه. وكذلك الحكم إذا حلف على الرحيل منها، إلا أنه إذا حلف على الرحيل من بلد، لم يبر إلا بالرحيل بأهله.

[مسألة حلف لا يدخل دارا فحمل فأدخلها]

(٨٠٨١) مسألة؛ قال: (ولو حلف لا يدخل دارا، فحمل فأدخلها، ولم يمكنه الامتناع، لم يحنث) نص عليه أحمد هذا، في رواية أبي طالب. وهو قول الشافعي وأبي ثور، وأصحابالرأي. ولا نعلم فيه خلافا وذلك لأن الفعل غير موجود منه، ولا منسوب إليه. وإن حمل بأمره، فأدخلها، حنث؛ لأنه دخل مختارا، فأشبه ما لو دخل راكبا. وإن حمل بغير أمره، ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع، حنث أيضا؛ لأنه دخلها غير مكره، فأشبه ما لو حمل بأمره.

وقال أبو الخطاب: في الحنث وجهان؛ أحدهما، لا يحنث؛ لأنه لم يفعل الدخول، ولم يأمر به، فأشبه ما لو لم يمكنه الامتناع. ومتى دخل باختياره، حنث، سواء كان ماشيا، أو راكبا، أو محمولا، أو ألقى نفسه في ماء فجره إليها، أو سبح فيه فدخلها، وسواء دخلها من بابها، أو تسور حائطها، أو دخل

من طاقة فيها، أو نقب حائطا، ودخل من ظهرها، أو غير ذلك.
(٨٠٨٢) فصل: وإن أكره بالضرب ونحوه على دخولها، فدخلها، لم يحنث، في أحد الوجهين، وهو أحد، قولي الشافعي.". (١)

٣١٠. ٣١٠-"يمينه بهذا المعنى، كما لو صرح به، فإن لم تكن له نية رجع إلى سبب اليمين، فإن كانت تقتضي التعجيل، فهو كما لو نواه؛ لأن السبب يدل على النية، وإن لم ينو ذلك، ولا كان السبب يقتضيه، فظاهر كلام الخرقي، أنه لا يبر إلا بقضائه في الغد، ولا يبر بقضائه قبله.
وقال القاضي: يبر على كل حال؛ لأن اليمين للحث على الفعل، فمتى عجله، فقد أتى بالمقصود، فيه، كما لو نوى ذلك. والأول **أصح**، إن شاء الله؛ لأنه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظا، ولم تصرفها عنه نية ولا سبب، فتصرف كما لو حلف ليصومن شعبان، فصام رجبا. ويحتمل ما قاله القاضي في القضاء خاصة؛ لأن عرف هذه اليمين في القضاء التعجيل، فتنصرف اليمين المطلقة إليه.
(٨١١٦) فصل: فأما غير قضاء الحق، كأكل شيء، أو شربه، أو بيع شيء، أو شرائه، أو ضرب عبد، ونحوه، فمتى عين وقته، ولم ينو ما يقتضي تعجيله، ولا كان سبب يمينه يقتضيه، لم يبر إلا بفعله في وقته. وذكر القاضي، أنه يبر بتعجيله عن وقته. وحكي ذلك عن أصحاب أبي حنيفة. ولنا، أنه لم يفعل المحلوف عليه في وقته، من غير نية تصرف يمينه، ولا سبب، فيحنث، كالصيام. ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته، وبعضه في وقته، لم يبر؛ لأن اليمين في الإثبات لا يبر فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه، فترك بعضه في وقته، كترك جميعه، إلا أن ينوي أن لا يجاوز ذلك الوقت، أو يقتضي ذلك سببها.

[فصل حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل منها]
(٨١١٧) فصل: ومن حلف لا يبيع ثوبه بعشرة، فباعه بها أو بأقل منها، حنث. وإن باعه بأكثر منها، لم يحنث. وقال الشافعي لا يحنث إذا باعه بأقل؛ لأنه لم يتناوله يمينه. ولنا، أن العرف في هذا أن لا يبيعه بها، ولا بأقل منها، بدليل أنه لو وكل في بيعه إنسانا، وأمره أن لا يبيعه بعشرة، لم يكن له بيعه بأقل منها، ولأن هذا تنبيه على امتناعه من بيعه بما دون العشرة، والحكم يثبت بالبينة، كثبوته

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٧١/٩

باللفظ. إن حلف: لا اشتريته بعشرة. فاشتراه بأقل، لم يحنث.

وإن اشتراه بها أو بأكثر، حنث؛ لما ذكرنا. ومقتضى مذهب الشافعي، أن لا يحنث إذا اشتراه بأكثر منها؛ لأن يمينه لم تتناوله لفظا. ولنا، أنها تناولته عرفا وتنبيها، فكان حانثا، كما لو حلف: ما له علي حبة.

فإنه يحنث إذا كان له عليه أكثر منها، ويبرأ بيمينه مما زاد عليها، كبراءته منها. قيل لأحمد رجل إن حلف لا ينقص هذا الثوب عن كذا. قال: قد أخذته، ولكن هب لي كذا. قال: هذا حيلة. قيل له: فإن قال البائع: بعتك بكذا، وأهب لفلان شيئا آخر. قال هذا كله ليس بشيء. فكرهه.". (١)

٣١١. ٣١١-"السابعة، فلسه الحاكم، ففارقه، نظرت؛ فإن ألزمه الحاكم، فهو كالمكره، وإن لم يلزمه مفارقته، لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته، حنث؛ لأنه فارقه من غير إكراه، فحنث، كما لو حلف لا يصلي، فوجبت عليه صلاة فصلاها.

الثامنة، أحاله الغريم بحقه، ففارقه، فإنه يحنث. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا يحنث. لأنه قد برئ إليه منه ولنا، أنه ما استوفى حقه منه، بدليل أنه لم يصل إليه شيء، ولذلك يملك المطالبة به، فحنث، كما لو لم يحله. فإن ظن أنه قد بر بذلك، ففارقه، فقال أبو الخطاب: يخرج على الروايتين. والصحيح أنه يحنث؛ لأن هذا جهل بحكم الشرع فيه، فلا يسقط عنه الحنث، كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة.

فأما إن كانت يمينه: لا فارقتك ولي قبلك حق. فأحاله به، ففارقه، لم يحنث؛ لأنه لم يبق له قبله حق. وإن أخذ به ضمينا أو كفيلا أو رهنا، ففارقه، حنث، بلا إشكال؛ لأنه يملك مطالبة الغريم. التاسعة، قضاه عن حقه عوضا عنه، ثم فارقه. فقال ابن حامد: لا يحنث. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه قد قضاه. حقه وبرئ إليه منه بالقضاء.

وقال القاضي: يحنث؛ لأن يمينه على نفس الحق، وهذا بدله. وإن كانت يمينه: لا فارقتك حتى تبرأ من حقي، أو: لي قبلك حق. لم يحنث، وجها واحدا؛ لأنه لم يبق له قبله حق، وهذا مذهب الشافعي. والأول أصح؛ لأنه قد استوفى حقه. العاشرة، وكل وكيلا يستوفي له حقه، فإن فارقه قبل استيفاء الوكيل، حنث؛ لأنه فارقه قبل استيفاء حقه. وإن استوفى الوكيل، ثم فارقه، لم يحنث؛ لأن استيفاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨٩

وكيله استيفاء له، يبرأ به غريمه، ويصير في ضمان الموكل.

[فصل: قال: لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك فأكره على فراقه]

(٨١٢٣) فصل: فأما إن قال: لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك. نظرت؛ فإن فارقه المحلوف عليه مختارا، حنث. وإن أكره على فراقه، لم يحنث. وإن فارقه الحالف مختارا، حنث، إلا على ما ذكره القاضي في تأويل كلام الخرقي، وهو مذهب الشافعي، وسائر الفروع تأتي هاهنا على نحو ما ذكرناه.

[فصل: كانت يمينه لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه]

(٨١٢٤) فصل: وإن كانت يمينه: لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه، حنث؛ لأن يمينه تقتضي ألا تحصل بينهما فرقة بوجه، وقد حصلت الفرقة بهربه. وإن أكرها على الفرقة، لم يحنث، إلا على قول من لم ير الإكراه عذرا.

[فصل: حلف لا فارقتك حتى أوفيك حقك فأبرأه الغريم منه]

(٨١٢٥) فصل: فإن حلف: لا فارقتك حتى أوفيك حقك. فأبرأه الغريم منه، فهل يحنث؟ على وجهين؛ بناء على المكره. وإن كان الحق عينا، فوهبها له الغريم، فقبلها، حنث؛ لأنه ترك إيفاءها له باختياره. وإن قبضها منه، ثم وهبها إياه، لم يحنث. وإن كانت يمينه: لا فارقتك ولك قبلي حق. لم يحنث إذا أبرأه، أو وهب العين له.". (١)

٣١٢. ٣١٢-"[مسألة نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام]

(٨١٧٨) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم، وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام، كفر كفارة يمين، وأطعم لكل يوم مسكينا) وجملته أن من نذر طاعة لا يطيقها، أو كان قادرا عليها، فعجز عنها، فعليه كفارة يمين؛ لما روى عقبة بن عامر، قال: «نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية، فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاستفتيته، فقال: لتمش، ولتركب» متفق عليه.

ولأبي داود: وتكفر يمينها. وللترمذي: «ولتصم ثلاثة أيام» . وعن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين. قال: ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٩٣

كفارة يمين.» رواه أبو داود، وقال: وقفه من رواه عن ابن عباس. وقال ابن عباس: من نذر نذرا لم يسمه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا في معصية، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا يطيقه، فليف الله بما نذر. فإذا كفر، وكان المنذور غير الصيام، لم يلزمه شيء آخر.

وإن كان صياما. فعن أحمد روايتان؛ إحداهما، يلزمه لكل يوم إطعام مسكين. قال القاضي: وهذه أصح؛ لأنه صوم وجد سبب إيجابه عينا، فإذا عجز عنه، لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكينا، كصيام رمضان، ولأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعا، ولو عجز عن الصوم المشروع، أطعم عن كل يوم مسكينا، وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور.

والثانية، لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره؛ لقوله – عليه السلام –: «ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين» . وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته، ولأنه نذر عجز عن الوفاء به، فكان الواجب فيه كفارة يمين، كسائر النذور، ولأن موجب النذر موجب اليمين، إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قربة، ولا يصح قياسه على صوم رمضان؛ لوجهين؛ أحدهما، أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت، فكذلك في الحياة، وهذا بخلافه، ولأن صوم رمضان آكد؛ بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه، وعظم إثم من أفطر بغير عذر.

والثاني، أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع، ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة، فأجزأت عنه، بخلاف المشروع. وقولهم: إن المطلق من كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع.". (١)

٣١٣. ٣١٣-"كفارة ثانية. نص عليه أحمد؛ فإنه قال، فيمن نذر صيام أيام، فمرض فإن كان قد كفر عن الأول، ثم أفطر بعد ذلك، كفر كفارة أخرى، وإن لم يكن كفر عن الأول، فكفارة واحدة، ولا يكون مثل اليمين، إذا حنث وكفر، سقطت عنه. ويتخرج أنه متى كفر مرة، لم تلزمه كفارة أخرى؛ لأن النذر كاليمين، ويشبه اليمين، وإيجاب الكفارة فيه لذلك، واليمين لا يوجب أكثر من كفارة، فمتى كفرها، لم يجب بها أخرى، كذلك النذر. فعلى هذا، متى فاته شيء فكفر عنه، ثم فاته شيء آخر، قضاه من غير كفارة؛ لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه، ولا إجماع ولا قياس، فلا يمكن

---

(١) المغني لابن قدامة ١١/١٠

إيجابها بغير دليل.

[فصل نذر صوم سنة بعينها]

(٨٢٠٢) فصل: إذا نذر صوم سنة بعينها، لم يدخل في نذره رمضان؛ لأنه لا يقبل غير صوم رمضان، فأشبه الليل، ولا يوما العيدين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن صيامهما، ولا يصح صومهما عن النذر، فأشبها رمضان. وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال، يقضي يوم الفطر، ويكفر. فعلى هذه الرواية، يدخل في نذره العيدان وأيام التشريق؛ لأنها أيام من جملة السنة.

والأول أصح، وفي أيام التشريق روايتان. وإن نذر صوم سنة مطلقة، فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يلزمه؛ لأن السنة المطلقة تنصرف إلى المتتابعة. فعلى هذه الرواية، حكمها حكم المعينة، في أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان، وفي أيام التشريق روايتان، فإن ابتدأها من أول شهر، أتم أحد عشر شهرا بالهلال، إلا شهر شوال، فإنه يتمه بالعدد؛ لأنه لم يصم من أوله، وإن ابتدأها من أثناء شهر، أتم ذلك الشهر بالعدد، والباقي بالهلال، على ما ذكرنا.

والرواية الثانية: لا تلزمه متابعة. وهو مذهب الشافعي؛ لأن المتفرقة تسمى سنة، فيتناولها نذره، فيلزمه اثنا عشر شهرا بالأهلة، إن شاء، وإن شاء صامها بالعدد. وإن ابتدأ الشهر من أثنائه، أتمه ثلاثين يوما. وإنما لزمه هاهنا اثنا عشر شهرا؛ لأنه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان، ولا الأيام التي لا يجوز صيامها، فجعل نذره على ما ينعقد فيه النذر، بخلاف ما إذا عين السنة، وهذا كمن عين سلعة بالعقد، فوجد بها عيبا، لم يكن له إبدالها، ولو وصفها ثم وجدها معيبة، ملك إبدالها، ويتم شوالا بالعدد؛ لأنه لم يبدأه من أوله.

وإن صام ذا الحجة من أوله، قضى أربعة أيام، تاما كان أو ناقصا؛ لأنه بدأه من أوله. وقيل: إن كان ناقصا قضى خمسة ليكمله ثلاثين؛ لأنه لم يصم الشهر كله، فأشبه شوالا. وإن شرط التتابع، صار حكمها حكم المعينة.". (١)

٣١٤. ٣١٤-"- صلى الله عليه وسلم -: لو كان عليها دين، أكنت قاضيه؟ . قال: نعم. قال: فاقض الله، فهو أحق بالقضاء» . رواهما البخاري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤/١٠

وهذا صريح في الصوم والحج، ومطلق في النذر، وما عدا المذكور في الحديث يقاس، عليه وحديث ابن عمر في الصوم الواجب بأصل الشرع، ويتعين حمله عليه جمعا بين الحديثين، ولو قدر التعارض، لكانت أحاديثنا أصح، وأكثر، وأولى بالتقديم. إذا ثبت هذا، فإن الأولى أن يقضي النذر عنه وارثه، فإن قضاه غيره، أجزأه عنه، كما لو قضى عنه دينه؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - شبهه بالدين، وقاسه عليه، ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه، وغيره مثله في التبرع. وإن كان النذر في مال، تعلق بتركته.

[فصل نذر أن يطوف على أربع]

(٨٢١٢) فصل: ومن نذر أن يطوف على أربع، فعليه طوافان. قال ذلك ابن عباس؛ لما روى «معاوية بن خديج الكندي، أنه قدم على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومعه أمه كبشة بنت معديكرب عمة الأشعث بن قيس فقالت: يا رسول الله إني آليت أن أطوف بالبيت حبوا. فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: طوفي على رجليك سبعين؛ سبعا عن يديك، وسبعا عن رجليك» . أخرجه الدارقطني، بإسناده وقال ابن عباس، في امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع، قال: تطوف عن يديها سبعا، وعن رجليها سبعا. رواه سعيد.

والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه، ولا يلزمه ذلك على يديه؛ لأنه غير مشروع، فيسقط، كما أن «أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة، فأمرها النبي - صلى الله عليه وسلم - أن تحج وتختمر» . وروى عكرمة، أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - كان في سفر، فحانت منه نظرة، فإذا امرأة ناشرة شعرها، فقال: مروها فلتختمر ومر برجلين مقترنين، فقال: أطلقا قرانكما» .

وقد ذكرنا حديث أبي إسرائيل، الذي نذر أن يصوم، ويفعل أشياء، فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بالصوم وحده، ونهاه عن سائر نذوره. وهل تلزمه كفارة؟ يخرج فيه وجهان؛ بناء على ما تقدم.

وقياس المذهب لزوم الكفارة؛ لإخلاله بصفة نذره، وإن كان غير مشروع، كما لو كان أصل النذر غير مشروع.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٠

٣١٥. ٣١٥-"ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه؛ ليشاهد ما يكتبه، ويشافهه بما يملي عليه، وإن قعد ناحية، جاز؛ لأن المقصود يحصل، فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم، فيستبرئه.

[فصل ترافع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه]

(٨٢٦٣) فصل: وإذا ترافع إلى الحاكم خصمان، فأقر أحدهما لصاحبه، فقال المقر له للحاكم: أشهد لي على إقراره شاهدين. لزمه ذلك؛ لأن الحاكم لا يحكم بعلمه، فربما جحد المقر، فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه، ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى، فإن الإنسان عرضة النسيان، فلا يمكنه الحكم بإقراره.

وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه، أو بيمين المدعي بعد النكول، فسأله المدعي أن يشهد على نفسه، لزمه؛ لأنه لا حجة للمدعي سوى الإشهاد، وإن ثبتت عنده بينة فسأله الإشهاد، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يلزمه؛ لأن بالحق بينة، فلا يجب جعل بينة أخرى. والثاني، يجب؛ لأن في الإشهاد فائدة جديدة، وهي إثبات تعديل بينته، وإلزام خصمه وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الإشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له.

في سقوط المطالبة مرة أخرى، وفي جميع ذلك، إذا سأله أن يكتب له محضرا بما جرى، ففيه وجهان؛ أحدهما، يلزمه ذلك؛ لأنه وثيقة له، فهو كالإشهاد؛ لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة، أو نسيا الخصمين، فلا يذكرهما إلا رؤية خطيهما.

والثاني، لا يلزمه؛ لأن الإشهاد يكفيه. والأول أصح؛ لأن الشهود تكثر عليهم الشهادات، ويطول عليهم الأمد، والظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققا يحصل به أداؤها، فلا يتقيد إلا بالكتاب. فإن اختار أن يكتب له محضرا، فصفته: حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني، قاضي عبد الله الإمام فلان، على كذا وكذا.

وإن كان خليفة القاضي قال: خليفة القاضي فلان بن فلان الفلاني عبد الله قاضي الإمام بمجلس حكمه وقضائه. فإن كان يعرف المدعي والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما، قال: فلان بن فلان الفلاني، وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني. ويرفع في نسبهما حتى يتميز ويستحب ذكر حليتهما، وإن أخل به، جاز؛ لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية. وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين، قال: مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني، وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني. ويرفع في نسبهما، ويذكر حليتهما؛ لأن الاعتماد عليها، فربما استعار النسب.

ويقول: أغم، أو أنزع. ويذكر صفة العينين والأنف والفم والحاجبين، واللون والطول والقصر. ما ادعى عليه كذا وكذا، فأقر له. ولا يحتاج أن يقول: بمجلس حكمه. لأن الإقرار يصح في غير مجلس الحكم.". (١)

٣١٦. ٣١٦-"والثاني، لا تلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده، أو حكم به، فأما استئناف ابتداء، فيكفيه فيه الإشهاد، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق؛ لأن الحق ثبت عليه بالشهادة. والأول **أصح**؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق، ويخاف الضرر بدون المحضر، فأشبه ما حكم به ابتداء. وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق، لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه ملكه، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره. وكذلك كل من له كتاب بدين، فاستوفاه، أو عقار فباعه، لا يلزمه دفع الكتاب؛ لأنه ملكه؛ ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقا، فيعود إلى ماله.

[فصل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر]

(٨٢٨١) فصل: ويقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر، وإلى قاضي قرية، ومن قاضي قرية إلى قاضي قرية، وقاضي مصر. ومن القاضي إلى خليفته، ومن خليفته إليه؛ لأنه كتاب من قاض إلى قاض، فأشبه ما لو استويا.

ويجوز أن يكتب إلى قاض معين، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم، من غير تعيين، ويلزم من وصله قبوله. وبهذا قال أبو ثور. واستحسنه أبو يوسف. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكتب إلى غير معين. ولنا، أنه كتاب حاكم من ولايته، وصل إلى حاكم، فلزمه قبوله، كما لو كان الكتاب إليه بعينه.

[فصل صفة كتاب القاضي إلى القاضي]

فصل: وصفة الكتاب: بسم الله الرحمن الرحيم سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، أنه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي، الذي أتولاه بمكان كذا. وإن كان نائبا، قال: الذي أنوب فيه عن القاضي فلان، بمحضر من خصمين؛ مدع، ومدعى عليه، جاز استماع الدعوى منهما، وقبول البينة من أحدهما على الآخر، بشهادة فلان وفلان، وهما من الشهود

(١) المغني لابن قدامة ٦٥/١٠

المعدلين عندي، عرفتهما، وقبلت شهادتهما، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني، بعينه واسمه ونسبه.

فإن كان في إثبات أسر أسير قال: وإن الفرنج، خذلهم الله، أسروه بمكان كذا، في وقت كذا، وأخذوه إلى مكان كذا، وهو مقيم تحت حوطتهم، أبادهم الله، وإنه رجل فقير من فقراء المسلمين، ليس له شيء من الدنيا، ولا يقدر على فكاك نفسه، ولا على شيء منه، وإنه مستحق للصدقة، على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه، المتصل أوله بآخر كتابي هذا، المؤرخ بكذا.

وإن كان في إثبات دين كتب: وإنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني – ويرفع في نسبه، ويصفه بما يتميز به من الدين – كذا وكذا، دينا عليه حالا، وحقا واجبا لازما، وإنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه.". (١)

٣١٧. ٣١٧-"عشر حسنات، وإن أخطأت، فلك حسنة» وعن عقبة بن عامر مثله.

ولأن الإمام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين، فلا يتفرغ للقضاء بينهم.

فإذا ولى قاضيا، استحب أن يجعل له أن يستخلف؛ لأنه قد يحتاج إلى ذلك، فإذا أذن له في الاستخلاف، جاز له بلا خلاف نعلمه، وإن نهاه عنه، لم يكن له أن يستخلف؛ لأن ولايته بإذنه، فلم يكن له ما نهاه عنه، كالوكيل، وإن أطلق، فله الاستخلاف.

ويحتمل أن لا يكون له ذلك؛ لأنه يتصرف بالإذن، فلم يكن له ما لم يأذن فيه، كالوكيل. ولأصحابالشافعي في هذا وجهان.

ووجه الأول، أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين، فإذا فعله بنفسه أو بغيره، جاز، كما لو أذن له، ويفارق التوكيل؛ لأن الإمام يولي القضاء للمسلمين، لا لنفسه، بخلاف التوكيل، فإن استخلف في موضع ليس له الاستخلاف، فحكمه حكم من لم يول.

[فصل يولي الإمام قاضيا عموم النظر في خصوص العمل]

(٨٢٩٢) فصل: ويجوز أن يولي قاضيا عموم النظر في خصوص العمل، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه، فينفذ حكمه فيمن سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٨٣

ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة، في جميع ولايتي.
ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال، نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها. فلا ينفذ حكمه في أكثر منها.
ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل، وخصوص النظر في خصوص العمل.
ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد، يجعل لكل واحد عملا، فيولي أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم في المداينات، وآخر النظر في العقار. ويجوز أن يولي كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد، فإن قلد قاضيين أو أكثر عملا واحدا، في مكان واحد، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يجوز.
اختاره أبو الخطاب، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات، لأنهما يختلفان في الاجتهاد، ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر. والآخر، يجوز ذلك. وهو قول أصحاب أبي حنيفة.
وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأنه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها، فيكون فيها قاضيان، فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان، ولأن الغرض فصل". (١)

٣١٨. ٣١٨-"[مسألة الشهود في الأموال]
(٨٣٣٦) مسألة؛ قال: (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين، ورجل عدل مع يمين الطالب)
وجملة ذلك، أن المال كالقرض، والغصب، والديون كلها، وما يقصد به المال كالبيع، والوقف، والإجارة، والهبة، والصلح، والمساقاة، والمضاربة، والشركة، والوصية له، والجناية الموجبة للمال؛ كجناية الخطأ، وعمد الخطأ، والعمد الموجب للمال دون القصاص، كالجائفة، وما دون الموضحة من الشجاج، يثبت بشهادة رجل وامرأتين.
وقال أبو بكر: لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين؛ لأنها جناية، فأشبهت ما يوجب القصاص. والأول أصح؛ لأن موجبها المال، فأشبهت البيع، وفارق ما يوجب القصاص؛ لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء، وكذلك ما يوجبه. والمال يثبت بشهادة النساء، وكذلك ما يوجبه. ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٩٢

خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال.
وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه، بقوله سبحانه: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ [البقرة: ٢٨٢] . إلى قوله: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وأجمع أهل العلم على القول به. وقد ذكرنا خبر أبي هريرة، وابن عباس فيه.

[فصل ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين]
(٨٣٣٧) فصل: وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين. وروي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي - رضي الله عنهم - وهو قول الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وشريح، وإياس، وعبد الله بن عتبة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، ويحيى بن يعمر، وربيعة، ومالك، وابن أبي ليلى، وأبي الزناد، والشافعي.
وقال الشعبي، والنخعي، وأصحابالرأي، والأوزاعي: لا يقضى بشاهد ويمين. وقال محمد بن الحسن: من قضى بالشاهد واليمين، نقضت حكمه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] . فمن زاد في ذلك، فقد زاد في النص، والزيادة في النص نسخ، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» . فحصر اليمين في جانب المدعى عليه، كما حصر البينة في جانب المدعي.
ولنا، ما روى سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - باليمين مع الشاهد الواحد.» رواه سعيد بن منصور في " سننه "، والأئمة من أهل السنن والمسانيد، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وفي الباب عن علي، وابن عباس، وجابر، ومسروق. وقال النسائي: إسناد حديث ابن عباس". (١)

٣١٩. ٣١٩-"ولنا، ما روى أبو موسى، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لعب بالنردشير، فقد عصى الله ورسوله» . وروى بريدة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» . رواهما أبو داود. وكان سعيد بن

(١) المغني لابن قدامة ١٣٣/١٠

جبير إذا مر على أصحاب النردشير، لم يسلم عليهم. إذا ثبت هذا، فمن تكرر منه اللعب به، لم تقبل شهادته، سواء لعب به قمارا أو غير قمار. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، وظاهر مذهب الشافعي. قال مالك: من لعب بالنرد والشطرنج، فلا أرى شهادته طائلة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾ [يونس: ٣٢] . وهذا ليس من الحق، فيكون من الضلال.

(٨٣٦٢) فصل: فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم، إلا أن النرد آكد منه في التحريم؛ لورود النص في تحريمه، لكن هذا في معناه، فيثبت فيه حكمه، قياسا عليه. وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه؛ علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما، وعروة، ومحمد بن علي بن الحسين، ومطرا الوراق، ومالكا. وهو قول أبي حنيفة. وذهب الشافعي إلى إباحته. وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير. واحتجوا بأن الأصل الإباحة، ولم يرد بتحريمها نص، ولا هي في معنى المنصوص عليه، فتبقى على الإباحة. ويفارق الشطرنج النرد من وجهين؛ أحدهما، أن في الشطرنج تدبير الحرب، فأشبه اللعب بالحراب، والرمي بالنشاب، والمسابقة بالخيل. والثاني، أن المعول في النرد ما يخرجه الكعبتان، فأشبه الأزلام، والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره، فأشبه المسابقة بالسهام. ولنا، قول الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠] .

قال علي – رضي الله عنه –: الشطرنج من الميسر. ومر علي – رضي الله عنه – على قوم يلعبون بالشطرنج، فقال: (ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون) . قال أحمد: أصح ما في الشطرنج، قول علي – رضي الله عنه –. وروى واثلة بن الأسقع – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله عز وجل ينظر". (١)

٣٢٠. ٣٢٠–"كان وقفا عليهم بإقرارهم. وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفا عليه، والباقي يقضي منه الدين وما فضل يكون ميراثا، فما حصل للابنين منه كان وقفا عليهما، ولا يرث الحالف شيئا؛ لأنه يعترف أنه لا يستحق منها شيئا سوى ما وقف عليه. وإن حلفوا كلهم، فثبت الوقف عليهم، لم يخل من أن يكون الوقف مرتبا على بطن، ثم على بطن بعد بطن أبدا، أو مشتركا، فإن كان مرتبا، فإذا انقرض الأولاد الثلاثة، انتقل الوقف إلى البطن الثاني، بغير يمين؛ لأنه قد ثبت كونه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٥١

وقفا بالشاهدين ويمين الأولاد، فلم يحتج من انتقل إليه إلى بينة، كما لو ثبت بشاهدين، وكالمال الموروث.

وكذلك إذا انقرض الأولاد، ورجع إلى المساكين، لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين؛ لما ذكرناه. وإن انقرض أحد الأولاد، انتقل نصيبه منه إلى إخوته، أو إلى من شرط الواقف انتقاله إليه، بغير يمين؛ لما ذكرنا. فإن امتنع البطن الأول من اليمين، فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفا عليهم بإقرارهم، فإذا انقرضوا، كان ذلك وقفا على حسب ما أقروا به، فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم، ثم على أولادهم، فقال أولادهم: نحن نحلف مع شاهدنا، لتكون جميع الدار وقفا لنا. فلهم ذلك؛ لأنهم ينقلون الوقف من الواقف، فلهم إثباته كالبطن الأول.

فأما إن حلف أحد البنين، ونكل أخواه، ثم مات الحالف؛ نظرت، فإن مات بعد موت إخوته، صرف نصيبه إلى أولاده، وجها واحدا. وإن مات في حياة إخوته، ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها، ينصرف إلى إخوته؛ لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول. والثاني، ينتقل إلى أولاده؛ لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما، فصارا كالمعدومين. والثالث، يصرف إلى أقرب عصبة الواقف؛ لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين، ولا إلى البطن الثاني، لما ذكرنا، فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف، إلى أن يموت الأخوان، ثم يعود إلى البطن الثاني.

والأول أصح؛ لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما، وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان، ثبت الوقف من غير يمين، وها هنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني، فوجب أن ينصرف إليهما؛ لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له. فإن قيل: فإذا كان البطن الثاني صغارا، فما حصل الاعتراف منهم. قلنا: قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه، وبالبينة التي ثبت بها الوقف، وبها يستحق البطن الثاني، فاكتفي بذلك في انتقاله إلى الأخوين، كما يكتفى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين، ويدل على صحة هذا، أننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف، وفي كيفيته، وصفته، وترتيبه، فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٩

٣٢١. ٣٢١-"ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنى واحد أو باثنين، فإن كانت بفعل واحد، مثل أن يعين الجميع وقتا واحدا، لا يمكن زناه فيه في الموضعين، فاثنان منهم كاذبان يقينا، واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم، لكانا قاذفين، فمع التعارض أولى. وإن كانت شهادتهم بفعلين، كانوا قذفة، كما لو عينوا في شهادتهم أنه زنى مرة أخرى. وما ذكروه يبطل بالأصل الذي ذكرناه.

[فصل يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى]

(٨٤٤٦) فصل: وكذلك كل شهادة على فعلين، مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة، وآخران أنه زنى بأخرى، أو يشهدان أنه زنى بها في يوم، وآخران أنه زنى بها في آخر، أو يشهدان أنه زنى بها ليلا، وآخران أنه زنى بها نهارا، أو يشهدان أنه زنى بها غدوة، ويشهد آخران أنه زنى بها عشيا، وأشباه هذا، فإنهم قذفة في هذه المواضع، وعليهم الحد؛ لما ذكرناه.

فإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية منه أخرى، وكانتا متباعدتين، فالحكم فيه كما ذكرنا. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادتهم، ويحد المشهود عليه استحسانا. وهو قول أبي بكر. ولنا، أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما، ولا يصح نسبته إليهما، فأشبها البيتين. وأما إن كانتا متقاربتين، تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما، لقربه منها، كملت الشهادة؛ لإمكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعا.

[فصل كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه]

(٨٤٤٧) فصل: ومتى كانت الشهادة على فعل، فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه، أو صفة له تدل على تغاير الفعلين، لم تكمل شهادتهما، مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا يوم السبت، ويشهد الآخر أنه غصبه دينارا يوم الجمعة، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر، أو يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا، ويشهد الآخر أنه غصبه ثوبا، فلا تكمل الشهادة؛ لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا إن اختلفا في زمن القتل، أو مكانه، أو صفته، أو في شرب الخمر، أو القذف، لم تكمل الشهادة؛ لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر، فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد، فلم يقبل إلا على قول أبي بكر، فإن هذه الشهادة لم تكمل.

ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان، فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه

سرق مع الزوال كيسا أبيض، وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة، وشهد الآخر أنه سرقه عشيا، لم تكمل الشهادة. ذكره ابن حامد. وقال أبو بكر: تكمل. والأول أصح؛ لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه.". (١)

٣٢٢. ٣٢٢-"وفارق الشهادة على الفعل؛ فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين، فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة، فإن شهادتهما لا تقبل هاهنا. ويحقق ما ذكرناه، أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم إلى المشهود له، فيمضي إليهم في أوقات متفرقة، وأماكن مختلفة، فيشهدهم على إقراره. وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين، مثل أن يقول أحدهما: أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس.

وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الجمعة. أو قال أحدهما: أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعربية. وقال الآخر: أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعجمية. لم تكمل الشهادة؛ لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه، فلم تكمل الشهادة، كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم، لم تكمل الشهادة. وعلى قول أبي بكر، تكمل الشهادة في القتل، والقذف؛ لأن القذف بالعربية أو العجمية، والقتل بالبصرة أو الكوفة، ليس من المقتضي، فلا يعتبر في الشهادة، ولم يؤثر. والأول أصح.

[فصل شهد أحدهما أنه باع أمس وشهد الآخر أنه باع اليوم]

(٨٤٤٩) فصل: فإن شهد أحدهما أنه باع أمس، وشهد الآخر أنه باع اليوم، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة. وقال الشافعي. لا تكمل؛ لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب في وقتين. ووجه قول أصحابنا ، أن المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى، ويكون واحدا، فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر، كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية.

(١) المغني لابن قدامة ٢١٥/١٠

[فصل الحكم في كل شهادة على قول]

فصل: وكذلك الحكم في كل شهادة على قول، فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد. فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم، لم تكمل الشهادة، في قولهم جميعا؛ لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم، فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد، فلم يثبت، كما لو كانت الشهادة على فعل، وكذلك القذف، فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد.

[فصل شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه]

(٨٤٥١) فصل: فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه، كملت الشهادة، وحكم بها؛ لأنه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به، فلم يختلف الفعل، وكملت الشهادة، كما لو". (١)

٣٢٣. ٣٢٣-"إلا الأطباء، أو اختلفا في داء يختص بمعرفته الأطباء، أو في داء الدابة، فظاهر كلام الخرقي أنه إذا قدر على طبيبين، أو بيطارين، لا يجزئ واحد؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال، فلم تقبل فيه شهادة واحد، كسائر الحقوق، فإن لم يقدر على اثنين، أجزأ واحد؛ لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به؛ لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة، فاجتزئ فيه بشهادة واحد، بمنزلة العيوب تحت الثياب، يقبل فيها قول المرأة الواحدة، فقبول قول الرجل الواحد أولى.

[فصل اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة]

(٨٤٩٤) فصل: قال أحمد - رحمه الله -، إذا قال: اشهد على مائة درهم ومائة درهم. فشهد على مائة دون مائة، كره، إلا أن يقول: أشهد ولي على مائة ومائة. يحكيه كله للحاكم كما كان. وقال أحمد: إذا شهد على ألف، وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين، فقال له صاحب الحق: أريد أن تشهد لي على مائة، لم يشهد إلا بألف. قال القاضي: وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد، قال الله تعالى: ﴿ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها﴾ [المائدة: ١٠٨] .

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢١٧

ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه، لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد. وقال أبو الخطاب: عندي يجوز أن يشهد بذلك؛ لأن من شهد بألف، فقد شهد بمائة، فإذا شهد بمائة، لم يكن كاذبا في شهادته، فجاز، كما لو كان قد أقرضه مائة مرة، وتسعمائة مرة أخرى. والأول أصح؛ لما ذكره القاضي، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التي شهدت بأصله، فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين.

[فصل شهد بألف درهم ومائة دينار]

(٨٤٩٥) فصل: قال أحمد: إذا شهد بألف درهم ومائة دينار، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره. قال القاضي: لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك، جاز أن تحمل الشهادة عليه، والله أعلم.". (١)

٣٢٤. ٣٢٤-"ونحوها، سمعت دعواها. بغير خلاف نعلمه؛ لأنها تدعي حقا لها تضيفه إلى سببه، فتسمع دعواها، كما لو ادعت ملكا أضافته إلى الشراء. وإن أفردت دعوى النكاح، فقال القاضي: تسمع دعواها أيضا؛ لأنه سبب لحقوق لها، فتسمع دعواها فيه، كالبيع. وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر، لا تسمع دعواها؛ فيه لأن النكاح حق للزوج عليها، فلا تسمع دعواها حقا لغيرها. فإن قلنا بالأول، سئل الزوج، فإن أنكر ولم تكن بينة، فالقول قوله من غير يمين؛ لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها، فلأن لا يستحلف من الحق له، وهو ينكره، أولى.

ويحتمل أن يستحلف؛ لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين. وإن قامت البينة بالنكاح، ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها. وأما إباحتها له، فتنبني على باطن الأمر، فإن علم أنها زوجته حلت له؛ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق، ولا نوى به الطلاق، وإن علم أنها ليست امرأته؛ إما لعدم العقد، أو لبينونتها منه، لم تحل له. وهل يمكن منها في الظاهر؟ يحتمل وجهين؛ أحدهما، يمكن منها؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية.

والثاني، لا يمكن منها، لإقراره على نفسه بتحريمها عليه، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه، كما لو تزوج امرأة، ثم قال: هي أختي من الرضاعة. فإذا ثبت هذا، فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/١٠

فيما ذكرنا، من الكشف عن سبب النكاح، وشرائط العقد. ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل.

[فصل ما لا يشترط فيه الولي والشهود]

(٨٤٩٩) فصل: فأما سائر العقود غير النكاح، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها، فلا يفتقر إلى الكشف، وذكر الشروط، في أصح الوجهين؛ لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولي والشهود، فلم تفتقر إلى الكشف، كدعوى العين، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها؛ لأنها مبيع، فأشبهت الجارية، وكذلك إذا كان المدعى عينا أو دينا، لم يحتج إلى ذكر السبب؛ لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر، وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه، فلا يكلف بيانه، ويكفيه أن يقول: أستحق هذه العين التي في يده، أو أستحق كذا وكذا في ذمته. ويقول في البيع: إني اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم، أو بعتها منه بذلك. ولا يحتاج أن يقول: وهي ملكه، أو وهي ملكي - ونحن جائز الأمر - وتفرقنا عن تراض.

وذكر أبو الخطاب في العقود وجها آخر، أنه يشترط ذكر شروطها، قياسا على النكاح. وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين، ووجها ثالثا، أنه إن كان المبيع جارية، اشترط ذكر شروط البيع؛ لأنه". (١)

٣٢٥. ٣٢٥-"كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل، وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج، فيستويان على كل واحد من القولين.

وذكر أبو الخطاب فيها، رواية أخرى، أنه يقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، حلف أنها لا حق للآخر فيها، وكانت العين له، كما لو كانت في يد غيرهما. والأول أصح؛ للخبر والمعنى. واختلفت الرواية، هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به، أو يكون له من غير يمين؟ فروي أنه يحلف، وهذا ذكره الخرقي؛ لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح، وجب إسقاطهما، كالخبرين إذا تعارضا وتساويا، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به. وهذا أحد قولي الشافعي؛ بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته، وكل واحد منهما داخل في نصفها، فيحكم له به ببينته، ويحلف معها، في أحد القولين. والرواية الأخرى، أن العين

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٤/١٠

تقسم بينهما من غير يمين. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي. وهو **أصح**؛ للخبر والمعنى الذي ذكرناه. ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين؛ لأن كل بينة راجحة في نصف العين، على كل واحد من القولين.

وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين. فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا، وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر، نتجت في ملكه، فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين؛ إحداهما، لا يرجح به. وهو اختيار الخرقي؛ لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه، وهو ملك العين الآن، فوجب تساويهما في الحكم. والثانية، تقدم بينة النتاج وما في معناه. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنها تتضمن زيادة علم، وهو معرفة السبب، والأخرى خفي عليها ذلك، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف، فتقدم الأولى عليها، كتقدم بينة الجرح على التعديل. وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما.

[فصل تعارض البينتان في الملك]

(٨٥٠٩) فصل: فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين، فظاهر كلام الخرقي". (١)

٣٢٦. ٣٢٦-"والثاني، يقدم الشاهدان، لأنهما حجة متفق عليها، والشاهد واليمين مختلف فيهما، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين، فيجب تقديمها، كتقديمها على يمين المنكر، وهذا الوجه **أصح**، إن شاء الله. وللشافعي قولان، كالوجهين.

[فصل في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها]

(٨٥١١) فصل: وإذا كان في أيديهما دار، فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها، ولا بينة لهما، فهي بينهما نصفين. نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على الآخر؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه. ولا نعلم في هذا خلافا. إلا أنه حكي عن ابن شبرمة، أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٥٠

دعواهما فيه. ولنا أن يد مدعي النصف على ما يدعيه، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى. فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه، فقد تعارضت بينتاهما فالنصف، لمدعي الكل، والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم، وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي، فتكون الدار كلها لمدعي الكل. وهو قول أبي حنيفة، وصاحبيه.

فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها، فالنصف لصاحب الكل، لا منازع له فيه، ويقرع بينهما في النصف الآخر، فمن خرجت له القرعة، حلف، وكان له. وإن كان لكل واحد بينة، تعارضتا وسقطتا، وصارا كمن لا بينة لهما. وإن قلنا: تستعمل البينتان. أقرع بينهما، وقدم من تقع له القرعة، في أحد الوجهين. والثاني، يقسم النصف المختلف فيه بينهما، فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

[فصل الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها]

(٨٥١٢) فصل: فإن كانت الدار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، وادعى الآخر ثلثها، وادعى الآخر سدسها، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم، وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة، أو عارية معي، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة، قضي له به؛ لأن بينته تشهد له بما ادعاه، ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة، حلف كل واحد منهم، وأقر في يده ثلثها. (٨٥١٣) فصل: فإن ادعى أحدهم جميعها، وادعى الآخر نصفها، والآخر ثلثها، فإن لم تكن لواحد منهم بينة، قسمت بينهم أثلاثا، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به؛ لأن يد كل واحد منهم على ثلثها. وإن كانت لأحدهم بينة، نظرت؛ فإن كانت لمدعي الجميع، فهي له، وإن كانت لمدعي النصف، أخذه، والباقي بين الآخرين نصفين، لمدعي الكل السدس بغير يمين، ويحلف على نصف السدس، ويحلف الآخر على الربع". (١)

٣٢٧. ٣٢٧-"وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم، فهما سواء، ويقرع بينهما، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف؛ لأن الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر. وقال أبو بكر وابن أبي موسى: يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة؛ لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبدا والآخر حرا، ولا كذلك هاهنا، فيجب أن تقسم الوصية بينهما، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته، كما لو وصى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٢/١٠

لاثنين بمال. والأول قياس المذهب؛ لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت، وقد ثبت في الإعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين، فكذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضي لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات، فيثبت. فأما إن صرح، فقال: إذا مت، فنصف كل واحد من سالم وغانم حر. أو كان في لفظه ما يقتضيه، أو دلت عليه قرينة، ثبت ما اقتضاه.

[فصل شهادة الأجنبية في العتق]

فصل: وإن خلف المريض ابنين، لا وارث له سواهما، فشهدا أنه أعتق سالما في مرض موته، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانما في مرض موته، وكل واحد ثلث ماله، ولم يطعن الابنان في شهادتهما، وكانت البينتان عادلتين، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين، سواء؛ لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين. فإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين، وقالا: ما أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله، إنما أعتق سالما. لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية؛ لأنها بينة عادلة مثبتة، والأخرى نافية، وقول المثبت يقدم على قول النافي، ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة في شهادتهما، في أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه، أو خرجت له القرعة، ويرق إذا تأخر تاريخه، أو خرجت القرعة لغيره. وأما الذي شهد به الابنان، فيعتق كله؛ لإقرارهما بإعتاقه وحده، واستحقاقه للحرية. وهذا قول القاضي.

وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم، وهو ثلث الباقي؛ لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة، وكالذاهب من التركة بموت أو تلف، فيعتق ثلث الباقي. وهو ثلثا غانم. والأول أصح؛ لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت، وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم، إنما عتق بالشهادة بعد الموت، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته.

فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية، ثبت العتق لسالم، ولم يزاحمه من شهد له الابنان، لفسقهما؛ لأن شهادة الفاسق كعدمها، فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت ببينة عادلة، وقد أقر الابنان بعتق غانم، فينظر؛ فإن تقدم تاريخ عتقه، أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له، عتق كله، كما قلنا في التي قبلها.

وإن تأخر تاريخ عتقه، أو خرجت القرعة لغيره، لم يعتق منه شيء؛ لأن الابنين لو كانا عدلين، لم يعتق

منه شيء، فإذا كانا فاسقين أولى.". (١)

٣٢٨. ٣٢٨-"[فصل عتق العبيد في الميراث]

(٨٦١٨) فصل: وإن كان للمعتق مال غير العبد مثلا قيمة العبيد أو أكثر، عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث، وإن كان أقل من مثليهم، عتق من العبد قدر ثلث المال كله، فإذا كان العبيد كلهم نصف المال، عتق ثلثاهم، وإن كانا ثلثي المال، عتق نصفهم، وإن كانوا ثلاثة أرباعه، عتق أربعة أتساعهم، وطريقه أن تضرب قيمة العبد في ثلاثة، ثم تنسب إليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها، فإذا كان قيمة العبد ألفا، وباقي التركة ألف، ضربت قيمة العبد في ثلاثة، تكن ثلاثة آلاف، ثم تنسب إليها الألفين، تكن ثلثيها، فيعتق ثلثاهم. وإن كان قيمة العبد ثلاثة آلاف، وباقي التركة ألف، ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها، وإن كان قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت إليها خمسة آلاف، تكن ربعها وسدسها، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم.

[فصل كان على الميت دين يحيط بالتركة وأوصي بالعتق]

(٨٦١٩) فصل: وإن كان على الميت دين يحيط بالتركة، لم يعتق منهم شيء. وإن كان يحيط ببعضها، قدم الدين؛ لأن العتق وصية، وقد «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن الدين قبل الوصية» . ولأن قضاء الدين واجب، وهذا تبرع، وتقديم الواجب متعين. وإن كان الدين بقدر نصف العبيد، جعلوا جزأين، وكتبت رقعتان؛ رقعة للدين، ورقعة للتركة، وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين، فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه، وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة، على ما تقدم. وإن كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع؛ رقعة للدين، واثنتان للتركة، وإن كان بقدر ربعهم، كتب أربع رقاع؛ رقعة للدين، وثلاثة للتركة، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة. وإن كتب رقعة للدين، ورقعة للحرية، ورقعتان للتركة، جاز. وقيل: لا يجوز؛ لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين.
والأول أصح؛ لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء، فأما إذا كان له وفاء، لم يمنع منه، بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين، فإنه لا يمنع من العتق قبل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٦٤

وفائه.

[فصل أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم]
فصل: وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم، أو واحدا منهم غير معين، فمات أحدهم،". (١)

٣٢٩. ٣٢٩-"والثاني، يعتقان معا. وهو قول الليث، ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة، فلا تزول، كسائر الأحرار، ولأن قول المعتق: ذكرت من كنت نسيته. يتضمن إقرارا عليه بحرية من ذكره، وإقرارا على غيره، فقبل إقراره على نفسه، ولم يقبل على غيره. وأما إذا لم يقرع، فإنه يقبل قوله، فيعتق من عينه، ويرق غيره، فإذا قال: أعتقت هذا. عتق، ورق الباقون، وإن قال: أعتقت هذا، لا بل هذا. عتقا جميعا؛ لأنه أقر بعتق الأول فلزمه، ثم أقر بعتق الثاني فلزمه، ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول. وكذلك الحكم في إقرار الوارث.

[مسألة ملك شقصا من عبد فأعتقه في مرض موته أو دبره]
. (٨٦٢٥) مسألة: قال (وإذا ملك نصف عبد، فدبره أو أعتقه في مرض موته، فعتق بموته، وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه، أعطي، وكان كله حرا في إحدى الروايتين. والأخرى، لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه) وجملته أنه إذا ملك شقصا من عبد، فأعتقه في مرض موته، أو دبره، أو وصى بعتقه ثم مات، ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك، لم يعتق إلا نصيبه. بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم، إلا قولا شاذا، أو قول من يرى السعاية؛ وذلك أنه ليس من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص، فيبقى معسرا، بمنزلة من أعتق في صحته شقصا وهو معسر.
فأما إن كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه، ففيه روايتان إحداهما، يسري إلى نصيب الشريك، فيعتق العبد جميعه، ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه؛ لأن ثلث المال للمعتق والملك فيه تام، وله التصرف فيه بالتبرع والإعتاق وغيره، فجرى مجرى مال الصحيح، فيسري عتقه، كسراية عتق الصحيح الموسر. والرواية الثانية، لا يعتق إلا حصته؛ لأنه بموته يزول ملكه إلى ورثته، فلا يبقى شيء يقضى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٤/١٠

منها للشريك. وبهذا قال الأوزاعي؛ لأن الميت لا يضار. وقال القاضي: ما أعتقه في مرض موته سرى، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر. وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح، والرواية في وقوفه في التدبير أصح. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن العتق في الحياة ينفذ في حال ملك العتق وصحة تصرفه، وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله، وأما التدبير والوصية، فإنما يحصل العتق به في حال يزول ملك المعتق وتصرفاته. والله أعلم.

[مسألة دبر بعض عبده وهو مالك لكله]

. (٨٦٢٦) مسألة: قال (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه، وهو مالك لكله) وجملته أنه إذا دبر بعض عبده، وهو أن يقول: إذا مت فنصف عبدي حر. ثم مات، فإن كان". (١)

٣٣٠. ٣٣٠-"بماله فماله لسيده» ولأن العبد وماله كانا جميعا للسيد، فأزال ملكه عن أحدهما، فبقي ملكه في الآخر، كما لو باعه، وقد دل على هذا حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - «من با ع عبدا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» فأما حديث ابن عمر، فقال أحمد: يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر، وهو ضعيف في الحديث، كان صاحب فقه، فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي.

وقال أبو الوليد: هذا الحديث خطأ، فأما فعل ابن عمر، فإنه تفضل منه على معتقه. قيل للإمام أحمد: كان هذا عندك على التفضل؟ فقال: إي لعمري على التفضل قيل له: فكأنه عندك للسيد؟ فقال: نعم، للسيد، مثل البيع، سواء.

[مسألة قال لعبده أنت حر في وقت سماه]

. (٨٦٣٥) مسألة: قال: (واذا قال لعبده: أنت حر في وقت سماه، لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت) وجملة ذلك أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجيء وقت، مثل قوله: أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، قال أحمد إذا قال لغلامه أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٢٧

رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال منه، واذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال، وقال إسحاق كما قال أحمد وحكي عن مالك أنه إذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحال، والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لأنه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق، وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال، وقد روي عن أحمد أنه لا يطؤها لأن ملكه غير تام عليها والأول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول، فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا أديت إلي ألفا فأنت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المكاتبة لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن إكسابها بخلاف مسألتنا.". (١)

٣٣١. ٣٣١-"وأبي حنيفة؛ لأنه أعتقه بعوض، فلم يعتق بدون قبوله، كما لو قال: أنت حر بألف. وهذه الرواية أصح؛ لأن " على " تستعمل للشرط والعوض، قال الله تعالى: ﴿قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشدا﴾ [الكهف: ٦٦] . وقال تعالى ﴿فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا﴾ [الكهف: ٩٤] . ولو قال في النكاح: زوجتك ابنتي فلانة، على صداق خمسمائة درهم. فقال الآخر: قبلت. صح النكاح، وثبت الصداق. وقال الفقهاء: إذا تزوجها على ألف لها، وألف لأبيها، كان ذلك جائزا. فأما إذا قال: أعتقتك على أن تخدمني سنة. فقبل، ففيها روايتان، كالتي قبلها. وقيل: إن لم يقبل العبد، لم يعتق. رواية واحدة. فعلى هذا، إذا قبل العبد، عتق في الحال، ولزمته خدمته سنة. فإن مات السيد قبل كمال السنة، رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: تقسط قيمة العبد على خدمة السنة، فيقسط منها بقدر ما مضى، ويرجع عليه بما بقي من قيمته.

ولنا أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض، رجع إلى قيمته، كالخلع في النكاح، والصلح في دم العمد. وإن قال: أنت حر، على أن تعطيني ألفا. فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل، فإذا قبل، عتق، ولزمه الألف. وإن قال: أنت حر بألف. لم يعتق حتى يقبل، فيعتق، ويلزمه ألف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٢/١٠

[فصل علق عتق أمته بصفة وهي حامل]

(٨٦٤٣) فصل: وإذا علق عتق أمته بصفة، وهي حامل، تبعها ولدها في ذلك؛ لأنه كعضو من أعضائها، فإن وضعته قبل وجود الصفة، ثم وجدت الصفة، عتق؛ لأنه تابع في الصفة، فأشبه ما لو كان في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن. وإن كانت حائلا حين التعليق، ثم وجدت الصفة وهي حامل، عتقت هي وحملها؛ لأن العتق وجد فيها وهي حامل، فتبعها ولدها، كالمنجز. وإن حملت بعد التعليق، وولدت قبل وجود الصفة، ثم وجدت بعد ذلك، لم يعتق الولد؛ لأن الصفة لم تتعلق به لا في حال التعليق، ولا في حال العتق. وفيه وجه آخر، أنه يتبعها في العتق، قياسا على ولد المدبرة.

وإن بطلت الصفة ببيع أو موت، لم يعتق الولد؛ لأنه إنما يبيعها في العتق، لا في الصفة، فإذا لم توجد فيها، لم يوجد فيه، بخلاف ولد المدبرة؛ فإنه تبعها في التدبير فإذا بطل فيها، بقي فيه.

[مسألة أسلمت أم ولد النصراني]

(٨٦٤٤) مسألة: قال: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني، منع من غشيانها، والتلذذ بها، وأجبر على نفقتها، فإن أسلم، حلت له وإذا مات عتقت) هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد؛ فإنه أليق بها.". (١)

٣٣٢. ٣٣٢-"أحدهما، خاص، نحو أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو في بلدي هذا، أو عامي هذا، فأنت حر، فهذا جائز على ما قال، إن مات على الصفة التي شرطها عتق العبد، وإلا لم يعتق. وقال مهنا: سألت أحمد عن من قال لعبده: أنت حر مدبر اليوم؟ قال: يكون مدبرا ذلك اليوم، فإن مات ذلك اليوم صار حرا. يعني إذا مات المولى.

الضرب الثاني، أن يعلق التدبير على صفة، مثل أن يقول إن دخلت الدار، أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مريضي، فأنت حر مدبر، أو فأنت حر بعد موتي. فهذا لا يصير مدبرا في الحال؛ لأنه علق التدبير على شرط، فإذا وجد، صار مدبرا، وعتق بموت سيده، وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد، ووجد بعد موته، لم يعتق؛ لأن إطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة، بدليل ما لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٨/١٠

علق عليه عتقا منجزا، فقال إذا دخلت الدار، فأنت حر. فدخلها بعد موته، لم يعتق، وكما لو قال لوكيله: بع عبدي. فمات الموكل قبل بيعه، بطلت وكالته. ولأن المدبر من علق عتقه بالموت، وهذا قبل الموت لم يكن مدبرا، وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير.
وإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر. فذكر أبو الخطاب فيها روايتين؛ إحداهما، لا يعتق. وهو قياس المنصوص عنه، في قوله: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر. فإنه قال: لا يعتق؛ لأنه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره، فلم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك، فأنت حر. ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه، فلم يعتق كالمنجز. والثانية، يعتق. وهو الذي ذكره القاضي. وهو مذهب؛ الشافعي؛ لأنه صرح بذلك، فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها، ويفارق التصرف بعد البيع؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه، بخلاف ما بعد البيع. والأول أصح، إن شاء الله تعالى. ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة؛ لأن الملك لا يستقر للورثة فيه، ولا يملكون التصرف فيه، بخلاف مسألتنا.
وقولهم: حصل له التصرف في ثلثه. قلنا: إنما يتصرف فيه تصرفا يثبت عقيب موته، ويمنع انتقاله إلى الوارث، وإن ثبت للوارث، فهو ثبوت غير مستقر، وقد قيل: يكون مراعى، فإذا قبل الموصى له، تبينا أن الملك كان له من حين الموت. وإن لم يقبل، تبينا أنه كان للوارث. فعلى قولنا: لا يعتق بالدخول بعد الموت. للوارث التصرف فيه كيف شاء، ومن صحح هذا الشرط، احتمل". (١)

٣٣٣. ٣٣٣-"وجملته أن تدبير الصبي المميز، ووصيته، جائزة. وهذا إحدى الروايتين عن مالك، وأحد قولي الشافعي. قال: بعض أصحابه: هو أصح قوليه. وروي ذلك عن عمر، وشريح، وعبد الله بن عتبة. وقال الحسن، وأبو حنيفة: لا يصح تدبيره، كالمجنون. وهو الرواية الثانية عن مالك، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه لا يصح إعتاقه، فلم يصح تدبيره، كالمجنون.
ولنا، ما روى سعيد، عن هشيم، عن يحيى عن ابن سعيد، عن أبي بكر بن محمد، أن غلاما من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان، بأرض يقال لها: بئر جشم قومت بثلاثين ألفا، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، فأجاز الوصية. قال يحيى بن سعيد: وكان الغلام ابن عشر سنين، أو اثنتي عشرة سنة. وروي أن قوما سألوا عمر - رضي الله عنه - عن غلام من غسان يافع، وصى لبنت عمه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٤/١٠

فأجاز عمر وصيته. ولم نعرف له مخالفا، ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين، لأنهما باقيا لا يلزمه، فإذا مات كان ذلك صلة وأجرا، فصح، كوصية المحجور عليه لسفه، ويخالف العتق، لأن فيه تفويت ماله عليه في حياته ووقت حاجته.

فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر؛ فلقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع» . وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر - رضي الله عنه -. واعتبر المرأة بتسع؛ لقول عائشة - رضي الله عنها -: إذا بلغت الجارية تسع سنين، فهي امرأة. ويروى ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرفوعا. ولأنه السن الذي يمكن بلوغها فيه، ويتعلق به أحكام سوى ذلك.". (١)

٣٣٤. ٣٣٤-"غريم، فلم يصح شرط ترك السفر عليه، كما لو أقرضه رجل قرضا بشرط أن لا يسافر. وقال أبو الخطاب يصح الشرط، وله منعه من السفر. وهو قول مالك؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم.» ولأنه شرط له فيه فائدة، فلزم كما لو شرط نقدا معلوما. وبيان فائدته، أنه لا يأمن إباقه وأنه لا يرجع إلى سيده، فيفوت العبد والمال الذي عليه، ويفارق القرض فإنه عقد جائز من جانب المقرض، متى شاء طالب بأخذه، ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله، فلا يمنع من تحصيله. وهذا أصح، إن شاء الله تعالى، وأولى.

فعلى هذا الوجه، لسيده منعه من السفر، فإن سافر بغير إذنه، فله رده إن أمكنه، وإن لم يمكنه رده، احتمل أن له تعجيزه، ورده إلى الرق؛ لأنه لم يف بما شرطه عليه، أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة. واحتمل أن لا يملك ذلك؛ لأنه مكاتب كتابة صحيحة، لم يظهر عجزه، فلم يملك تعجيزه، كما لو لم يشترط عليه.

[فصل شرط في كتابته أن لا يسأل]

(٨٧٣٠) فصل: وإن شرط في كتابته أن لا يسأل، فقال أحمد: قال جابر بن عبد الله: هم على شروطهم، إن رأيته يسأل تنهاه. فإن قال: لا أعود. لم يرده عن كتابته في مرة. فظاهر هذا أن الشرط

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٩/١٠

صحيح لازم، وأنه إن خالف مرة، لم يعجزه، وإن خالف مرتين أو أكثر، فله تعجيزه.
قال أبو بكر: إذا رآه يسأل مرة في مرة، عجزه، كما إذا حل نجم في نجم، عجزه. فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين. وإنما صح الشرط؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم» . ولأن له في هذا فائدة وغرضا صحيحا، وهو أن لا يكون كلا على الناس، ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم. وذكر أبو الخطاب، أنه لا يصح الشرط؛ لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة، بقوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾ [التوبة: ٦٠] . وهم المكاتبون، فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى.

[مسألة زواج المكاتب]
(٨٧٣١) مسألة: قال: (وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده) . وهذا قول الحسن، ومالك، والليث، وابن أبي ليلى، وأبي حنيفة، والشافعي، وأبي يوسف. وقال الحسن بن صالح: له ذلك؛ لأنه عقد معاوضة، أشبه البيع.". (١)

٣٣٥. ٣٣٥-"وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة ولأن ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها، وهذا **أصح**، والله أعلم.

[فصل المكاتبة إن أعتقها سيدها]
(٨٧٥٤) فصل: وإن أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها، وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه. فأما على قول الخرقي ومن وافقه، فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد. ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضا؛ لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضى منه بإعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد فإنه حصل بغير رضى الورثة واختيارهم، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء، فمتى كان له غرض في أخذ ماله، إما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته، وإما لغرض له في بعض أعيان ماله، أعتقه وأخذ ماله، وهذا ضرر على المكاتب لم

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٩١

يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع.

[فصل المكاتبة إن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها.]

(٨٧٥٥) فصل: وإن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين، أيهما سبق عتق به كالأم سواء؛ لأنه تابع لها فيثبت له ما يثبت لها وإن ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده وإن اختلفا في ولدها فقالت: ولدته بعد كتابتي أو بعد ولايتي. وقال السيد: بل قبله. فقال أبو بكر: القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي؛ لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقا، لسيدهما التصرف فيهما وهي تدعي ما يمنع التصرف.

وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد: هو لي؛ لأنها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب: بل بعده فالقول قول المكاتب؛ لأنهما في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال ويفارق ولد المكاتبة؛ لأنها لا تدعي ملكه.

[فصل كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحدهما]

(٨٧٥٦) فصل: إذا كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطئ؛ لمكاتبته الخالصة له؛ لأن الوطء هاهنا حرم من وجهين؛ الشركة والكتابة، فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر، وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحدا، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر، فإذا حل نجمها سلمته إليهما، وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطئ بالمهر، وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته". (١)

٣٣٦. ٣٣٦-"وروي عن أحمد في هذا روايتان، إحداهما لا تجب قيمته؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه، والثانية عليه نصف قيمته؛ لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته.

قال القاضي: هذه الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها إن وضعته

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٣/١٠

بعد التقويم فلا شيء على الواطئ، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته، فإن ادعى الواطئ الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء؛ لأنا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء.

[فصل كانت الأمة بين شريكين ووطئاها جميعا]

(٨٧٥٧) فصل: وإن وطئاها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها، فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما، وإن كانت بكرا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر، وعلى الآخر مهر ثيب، فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين، وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة، فإن أدت إليهما عتقت، وكان لهما المطالبة بالمهرين، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء؛ لأنها قبضتهما وهي مستحقة لذلك، فإن كانا في يدها اقتسماهما، وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما؛ لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه،

وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين - وهما سواء - سقط عن كل واحد ما عليه، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه.

وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر - أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها، وإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها؛ لأن الإفضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب في الأمة ثلث قيمتها مع المهر.

فصل: ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها. وقال القاضي: تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في إفضاء الحرة وقد ذكرناه، فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٠٥

٣٣٧. ٣٣٧-"بما في يده تعلقا واحدا فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر؛ ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق، ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة.

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئا لم يصح القبض، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن في القبض، وإن أذن فيه ففيه وجهان - ذكرهما أبو بكر - أحدهما: يصح؛ لأن المنع لحقه فجاز بإذنه، كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه، أو أذن البائع للمشتري في قبض البيع قبل توفية ثمنه، أو أذنا للمكاتب في التبرع، ولأنهما لو أذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له، كذلك هاهنا. والثاني: لا يجوز وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني؛ لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غيره فيه، وإنما حق سيده في ذمته.

والأول **أصح** إن شاء الله تعالى؛ لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع.

وقولهم: إنه ملك للمكاتب، تعليق على العلة ضد ما تقتضيه؛ لأن كونه ملكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره، وإنما المنع لتعلق حق سيده به، فإذا أذن زال المانع فصح التقبيض؛ لوجود مقتضيه وخلوه من المانع، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل. فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب؛ لأنه استوفى حقه، ويسري العتق إلى باقيه، وعليه قيمة حصة شريكه؛ لأن عتقه بسببه. هذا قول الخرقي، ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتبا مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولاؤه كله له، وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه، والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه؛ لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصة ما عتق بالسراية لسيده.

وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد؛ لأن الكسب كان ملكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء.

وقال أبو بكر والقاضي: لا يسري العتق في الحال وإنما يسري عند عجزه، فعلى قولهما يكون باقيا على الكتابة، فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما، وولاؤه لهما وما بقي في يده من كسبه فهو له، وإن عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى إليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه. وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق، ولسيده الذي لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة، وله نصف ما بقى والباقي لورثة العبد، فإن لم يكن له وارث من نسبه

فهو للذي أدى إليه بالولاء. وإن قلنا: لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه، ولا تعتق حصته من المكاتب؛ لأنه". (١)

٣٣٨. ٣٣٨-"ماله، وبقي باقيه لحق الورثة، والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة، إذا كان عتقه بها، لأنه إذا بقي عليه شيء، فما حصل الاستيفاء، ويختص المعاوضة، فلم تثبت الحرية في العوض.

[فصل وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة]

(٨٧٨٨) فصل: وإن وصى سيده بإعتاقه، أو إبرائه من الكتابة، وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه في مرضه، أو أبرأه، إلا أنه يحتاج هاهنا إلى إيقاع العتق؛ لأنه أوصى به. وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه، أعتق منه بقدر الثلث، ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق، ويبقى باقيه على باقي الكتابة، فإن أداه، عتق جميعه، وإن عجز، عتق منه بقدر الثلث، ورق الباقي. وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال، كقولنا في من دبر عبدا له وله مال غائب، أو دين في ذمة موسر أو معسر: إنه يعتق ثلثه في الحال، وإن لم يحصل للورثة في الحال شيء. ولأن حق الورثة متحقق الحصول، فإنه إن أدى، وإلا عاد الباقي قنا، وذكر القاضي فيه وجها آخر، أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه؛ لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه، ويتأخر حق الوارث، وكذلك لو كان له مال غائب، أو دين حاضر، لم تتنجز وصيته من الحاضر. والأول أصح؛ لما ذكرناه.

وأما الحاضر والغائب، فإنه إن كان أوصى له بالحاضر، أخذ ثلثه في الحال، ووقف الباقي على قدوم الغائب، فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر، ولم يحصل للورثة شيء في الحال، فهو كمسألتنا، ولم يكمل له جميع وصيته؛ لأن الغائب غير موثوق بحصوله، فإنه ربما تلف، بخلاف ما نحن فيه. فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة، فإنها تقف على أداء مال الكتابة.

[مسألة ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٣/١٠

مسألة؛ قال: وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته، وأتى بشاهد، حلف مع شاهده، وصار حرا وهذا قول الشافعي – رضي الله عنه –؛ لأن النزاع بينهما في أداء المال، والمال يقبل فيه الشاهد واليمين. فإن قيل: القصد بهذه الشهادة العتق، وهو مما لا يثبت بشاهد ويمين. قلنا: بل يثبت بشاهد ويمين، في رواية، وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك، لكن الشهادة هاهنا إنما هي بأداء المال، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول، ولم يشهد الشاهد به، ولا بينهما، فيه نزاع، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة، ويترتب عليها ثبوت النسب، الذي لا يثبت بشهادة النساء، ولا بشاهد واحد. (٨٧٩٠)

فصل: فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر. وإن قال العبد: لي شاهد". (١)

٣٣٩. ٣٣٩–"والثاني، يحتسب عليه بمدته؛ لأن مال الكتابة دين مؤجل، فيحتسب بمدة الحبس من الأجل، كسائر الديون المؤجلة. فعلى هذا الوجه، يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها. والأول أصح؛ لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته، فإذا حبسه مدة، وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة؛ ليستوفي الواجب له، ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة، وتفويت مقصودها، ورده إلى الرق، ولأن عجزه عن أداء نجومه في محلها بسبب من سيده، فلم يستحق به فسخ العقد، كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن، لم يستحق فسخ البيع، ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها، لم يستحق فسخ العقد؛ كذا، هاهنا.

الوجه الثالث، أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به؛ من تخليته مثل تلك المدة، أو أجر مثلها؛ لأنه قد وجد سببهما، فكان للمكاتب أنفعهما.

[فصل أوصى بأن يكاتب عبده]

(٨٨٤٦) فصل: وإذا أوصى بأن يكاتب عبده، صحت الوصية؛ لأن الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي، فإذا أوصى به، صح، وتعتبر قيمته من ثلثه؛ لأنه تبرع من جهته فإنه بيع ماله بماله. فإن خرج من الثلث؛ لزمهم كتابته، ولا يعتبر مال الكتابة من ماله. ذكره القاضي؛ لأنه نماء ماله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٩/١٠

وفائدته، ولأن الاعتبار بحالة الموت، وهو لا يملك مال الكتابة، ثم ينظر؛ فإن عين مال الكتابة، كاتبوه عليه، سواء كان أقل من قيمته، أو مثلها أو أكثر. وإن لم يعينه، كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به. والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته؛ لكون دينها مؤجلا. ويجب رد ربعه إليه.

ويعتبر في ذلك رضا العبد؛ لأن الكتابة لا تلزمه، ولا يجوز إجباره عليها بخلاف ما لو وصى بعتقه، فإنه يعتق، ولا يقف على اختياره ولا رضاه. فإن رد الوصية، بطلت. فإن عاد فطلبها، لم تلزمه إجابته إليها؛ لأن وصيته بطلت بالرد، فأشبه الوصية بالمال. وإن لم يكن ردها، وجبت إجابته إليها. وإذا أدى عتق، وكان ولاؤه للموصي بكتابته، كما لو وصى بعتقه، وإن عجز، فللوارث رده في الرق، وإن لم يخرج من الثلث، فإنه يكاتب منه ما خرج من الثلث. وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة، لا تخرج من الثلث، تحاصوا في الثلث، وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية. ويتخرج أن تقدم الكتابة؛ بناء على الرواية التي تقدم العتق؛ لأن الكتابة مقصودها العتق، وتفضي إليه.

ويحتمل أن لا تقدم بحال؛ لأن العتق تغليب وسراية، ليس هو للكتابة، وإفضاؤها إلى العتق لا يوجب تقديمها، كما لو وصى لرجل بابنه، فإنه لا يقدم، مع أن القصد بوصيته العتق، ويفضي إليه.". (١)

٣٤٠. ٣٤٠-"زوجته، أو غيرها من النساء. ويعتبر لصحة الوصية إليها، ما يعتبر في غيرها؛ من العدالة والعقل، وسائر الشروط. وسواء كانت الوصية على أولادها، أو غيرهم، أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه، أو إمضاء وصيته، أو غير ذلك.

[مسألة تزويج أم ولده]

(٨٨٧٦) مسألة: قال: (وله تزويجها، وإن كرهت) وجملته أن للرجل تزويج أم ولده، أحبت ذلك أم كرهت. وبهذا قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -. وهو أحد قولي الشافعي، واختيار المزني وقال في القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها؛ لأنها قد ثبت لها حكم الحرية، على وجه لا يملك السيد إبطالها، فلم يملك تزويجها بغير رضاها، كالمكاتبة. وقال في الثالث: ليس له تزويجها، وإن رضيت؛ لأن ملكه فيها قد ضعف، وهي لم تكمل، فلم يملك تزويجها، كاليتيمة. وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦١/١٠

فيه خلاف.

وقد روي عن أحمد – رضي الله عنه – أنه قيل له: إن مالكا لا يرى تزويجها. فقال: وما نصنع بمالك؟ هذا ابن عمر، وابن عباس، يقولان: إذا ولدت من غيره، كان لولدها حكمها. ولنا، أنها أمة يملك الاستمتاع بها، واستخدامها، فملك تزويجها، كالقن، وفارقت المكاتبة، فإنه لا يملك ذلك منها. والقول الثالث فاسد؛ لذلك، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه. وقولهم: يزوجها الحاكم. لا يصح؛ فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي، أو غيبته، أو عضله، ولم يوجد واحد منها. إذا ثبت هذا، فإنه إذا زوجها فالمهر له؛ لأنه بمنزلة كسبها، وكسبها له. وإذا عتقت بموته، فإن كان زوجها عبدا، فلها الخيار؛ ولأنها عتقت تحت عبد، وإن كان حرا، فلا خيار لها.

[مسألة من قذف أم الولد]

(٨٨٧٧) مسألة: قال: (ولا حد على من قذفها) هذا قول أكثر أهل العلم. وقد روي عن أحمد – رضي الله عنه – أنه عليه الحد؛ لأن ذلك يروى عن ابن عمر ولأن قذفها قذف لولدها الحر، وفيها معنى يمنع بيعها، فأشبهت الحرة. والأول **أصح**؛ لأنها أمة، حكمها حكم الإماء، في أكثر أحكامها، ففي الحد أولى؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطها، ولأنها أمة تعتق بالموت، أشبهت المدبرة، وتفارق الحرة فإنها كاملة.

[فصل قتل الحرة لأمة]

(٨٨٧٨) فصل: ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها؛ لعدم المكافأة. وإن كان القاتل لها رقيقا، وجب القصاص عليه؛". (١)

٣٤١. ١-"ومنها، أن المضاف لا تحصل به الطهارة، وهو على ثلاثة أضرب: أحدها؛ ما لا تحصل به الطهارة رواية واحدة، وهو على ثلاثة أنواع: أحدها، ما اعتصر من الطاهرات كماء الورد، وماء القرنفل، وما ينزل من عروق الشجر إذا قطعت رطبة.

الثاني، ما خالطه طاهر فغير اسمه، وغلب على أجزائه، حتى صار صبغا، أو حبرا، أو خلا، أو مرقا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٤/١٠

ونحو ذلك. الثالث، ما طبخ فيه طاهر فتغير به، كماء الباقلا المغلي.
فجميع هذه الأنواع لا يجوز الوضوء بها، ولا الغسل، لا نعلم فيه خلافا، إلا ما حكي عن ابن أبي ليلى والأصم في المياه المعتصرة، أنها طهور يرتفع بها الحدث، ويزال بها النجس.
ولأصحابالشافعي وجه في ماء الباقلا المغلي، وسائر من بلغنا قوله من أهل العلم على خلافهم. قال أبو بكر بن المنذر: أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم أن الوضوء غير جائز بماء الورد، وماء الشجر، وماء العصفر، ولا تجوز الطهارة إلا بماء مطلق، يقع عليه اسم الماء؛ ولأن الطهارة إنما تجوز بالماء، وهذا لا يقع عليه اسم الماء بإطلاقه
الضرب الثاني ما خالطه طاهر يمكن التحرز منه، فغير إحدى صفاته، طعمه، أو لونه، أو ريحه، كماء الباقلا، وماء الحمص، وماء الزعفران. واختلف أهل العلم في الوضوء به، واختلفت الرواية عن إمامنا، – رحمه الله –، في ذلك؛ فروي عنه: لا تحصل الطهارة به. وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وقال القاضي أبو يعلى وهي أصح، وهي المنصورة عند أصحابنا في الخلاف. ونقل عن أحمد جماعة من أصحابه، منهم أبو الحارث، والميموني، وإسحاق بن منصور، جواز الوضوء به.
وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [النساء: ٤٣] وهذا عام في كل ماء؛ لأنه نكرة في سياق النفي، والنكرة في سياق النفي تعم، فلا يجوز التيمم مع وجوده، وأيضا قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث أبي ذر: «التراب كافيك ما لم تجد الماء» .
وهذا واجد للماء؛ ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه كانوا يسافرون، وغالب أسقيتهم الأدم، والغالب أنها تغير الماء، فلم ينقل عنهم تيمم مع وجود شيء من تلك المياه؛ ولأنه طهور خالطه طاهر لم يسلبه اسم الماء، ولا رقته، ولا جريانه، فأشبه المتغير بالدهن.
ووجه الأولى: أنه ماء تغير بمخالطة ما ليس بطهور يمكن الاحتراز منه، فلم يجز الوضوء به، كماء الباقلا المغلي؛ ولأنه زال عن إطلاقه، فأشبه المغلي. إذا ثبت هذا فإن أصحابنا لم يفرقوا بين المذرور في الماء مما يخلط بالماء كالزعفران والعصفر والأشنان ونحوه، وبين الحبوب من الباقلا والحمص، والثمر كالتمر والزبيب والورق وأشباه ذلك.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ١/١١

٣٤٢. ٢-"[فصل أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير]

(٥١) فصل: إذا أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير بعد أن غابت، فالماء طاهر؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نفى عنها النجاسة، وتوضأ بفضلها، مع علمه بأكلها النجاسات. وإن شربت قبل أن تغيب، فقال القاضي، وابن عقيل: ينجس؛ لأنه وردت عليه نجاسة متيقنة، أشبه ما لو أصابه بول.

وقال أبو الحسن الآمدي: ظاهر مذهب أصحابنا أنه طاهر، وإن لم تغب؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - عفى عنها مطلقا، وعلل بعدم إمكان الاحتراز عنها؛ ولأننا حكمنا بطهارة سؤرها مع الغيبة في مكان لا يحتمل ورودها على ماء كثير يطهر فاها، ولو احتمل ذلك فهو شك لا يزيل يقين النجاسة، فوجب إحالة الطهارة على العفو عنها، وهو شامل لما قبل الغيبة.

[فصل وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما في مائع أو ماء يسير ثم خرجت حية]

(٥٢) فصل: وإن وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما، في مائع، أو ماء يسير، ثم خرجت حية، فهو طاهر. نص عليه أحمد، فإنه سئل عن الفأرة تقع في السمن الذائب، فلم تمت؟ قال: لا بأس بأكله. وفي رواية قال: إذا كان حيا فلا شيء، إنما الكلام في الميت.

وقيل: يحتمل أن ينجس إذا أصاب الماء مخرجها؛ لأن مخرج النجاسة نجس، فينجس به الماء. ولنا أن الأصل الطهارة، وإصابة الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه، فإن المخرج ينضم إذا وقع الحيوان في الماء، فلا يزول اليقين بالشك.

[فصل حكم جلد الحيوان وشعره وعرقه ودمعه وسؤره في الطهارة والنجاسة]

فصل: كل حيوان حكم جلده وشعره وعرقه ودمعه ولعابه حكم سؤره في الطهارة والنجاسة؛ لأن السؤر إنما يثبت فيه حكم النجاسة في الموضع الذي ينجس لملاقاته لعاب الحيوان وجسمه، فلو كان طاهرا كان سؤره طاهرا، وإذا كان نجسا كان سؤره نجسا.

[مسألة إناء حلت فيه نجاسة من ولوغ كلب أو بول]

(٥٤) مسألة قال: (وكل إناء حلت فيه نجاسة؛ من ولوغ كلب، أو بول، أو غيره، فإنه يغسل سبع مرات إحداهن بالتراب) النجاسة تنقسم قسمين: أحدهما؛ نجاسة الكلب والخنزير والمتولد منهما، فهذا

لا يختلف المذهب في أنه يجب غسلها سبعا، إحداهن بالتراب، وهو قول الشافعي.

وعن أحمد: أنه يجب غسلها ثمانيا، إحداهن بالتراب، وروي ذلك عن الحسن؛ لحديث عبد الله بن المغفل، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «قال: إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات، وعفروه الثامنة بالتراب.» رواه مسلم. والرواية الأولى أصح، ويحمل هذا الحديث على أنه عد التراب ثامنة؛ لأنه وإن وجد مع إحدى الغسلات فهو جنس آخر، فيجمع بين". (١)

٣٤٣. ٣-"والمستحب أن يجعل التراب في الغسلة الأولى؛ لموافقته لفظ الخبر، وليأتي الماء عليه بعده فينظفه، ومتى غسل به أجزأه؛ لأنه روي في حديث: " إحداهن بالتراب ". وفي حديث: " أولاهن "، وفي حديث: " في الثامنة "، فيدل على أن محل التراب من الغسلات غير مقصود.

[فصل أصاب المحل نجاسات متساوية في الحكم]

(٥٦) فصل: إذا أصاب المحل نجاسات متساوية في الحكم فهي كنجاسة واحدة، وإن كان بعضها أغلظ، كالولوغ مع غيره، فالحكم لأغلظها، ويدخل فيه ما دونه. ولو غسل الإناء دون السبع، ثم ولغ فيه مرة أخرى، فغسله سبعا، أجزأ؛ لأنه إذا أجزأ عما يماثل فعما دونه أولى.

[فصل غسل محل النجاسة فأصاب ماء بعض الغسلات محلا آخر]

(٥٧) فصل: وإذا غسل محل النجاسة فأصاب ماء بعض الغسلات محلا آخر، قبل تمام السبع، ففيه وجهان: أحدهما، يجب غسله سبعا، وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار ابن حامد؛ لأنها نجاسة، فلا يراعى فيها حكم المحل الذي انفصلت عنه، كنجاسة الأرض ومحل الاستنجاء. وظاهر قول الخرقي أنه يجب غسلها بالتراب، وإن كان المحل الذي انفصلت عنه قد غسل بالتراب؛ لأنها نجاسة أصابت غير الأرض، فأشبهت الأولى.

والثاني: يجب غسله من الأولى ستا، ومن الثانية خمسا، ومن الثالثة أربعا، كذلك إلى آخره؛ لأنها نجاسة تطهر في محلها بدون السبع، فطهرت في مثله، كالنجاسة على الأرض؛ ولأن المنفصل بعض المتصل، والمتصل يطهر بذلك، فكذلك المنفصل، وتفارق المنفصل عن الأرض ومحل الاستنجاء؛ لأن العلة في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩/١

خفتها المحل، وقد زالت عنه، فزال التخفيف، والعلة في تخفيفها هاهنا قصور حكمها بما مر عليها من الغسل.

وهذا لازم لها حسب ما كان، ثم إن كانت قد انفصلت عن محل غسل بالتراب غسل محلها بغير تراب، وإن كانت الأولى بغير تراب غسلت هذه بالتراب. وهذا اختيار القاضي، وهو أصح إن شاء الله تعالى (٥٨) فصل: ولا فرق بين النجاسة من ولوغ الكلب، أو يده، أو رجله، أو شعره، أو غير ذلك من أجزائه؛ لأن حكم كل جزء من أجزاء الحيوان حكم بقية أجزائه، على ما قررناه، وحكم الخنزير حكم الكلب؛ لأن النص وقع في الكلب، والخنزير شر منه وأغلظ؛ لأن الله تعالى نص على تحريمه، وأجمع المسلمون على ذلك، وحرم اقتناؤه.". (١)

٣٤٤. ٤-"[فصل غسل النجاسة يختلف باختلاف محلها]

(٥٩) فصل: وغسل النجاسة يختلف باختلاف محلها؛ إن كانت جسما لا يتشرب النجاسة كالآنية، فغسله بمرور الماء عليه كل مرة غسلة، سواء كان بفعل آدمي أو غير فعله، مثل أن ينزل عليه ماء المطر، أو يكون في نهر جار، فتمر عليه جريات النهر، فكل جرية تمر عليه غسلة؛ لأن القصد غير معتبر، فأشبه ما لو صبه آدمي بغير قصد، وإن وقع في ماء قليل راكد نجسه ولم يطهر، وإن كان كثيرا احتسب بوضعه فيه ومرور الماء على أجزائه غسلة، فإن خضخضه في الماء وحركه بحيث يمر عليه أجزاء غير التي كانت ملاقية له، احتسب بذلك غسلة ثانية، كما لو مرت عليه جريات من الماء الجاري.

وإن كان المغسول إناء فطرح فيه الماء، لم يحتسب به غسلة حتى يفرغه منه؛ لأنه العادة في غسله، إلا أن يكون يسع قلتين فصاعدا، فملأه، فيحتمل أن إدارة الماء فيه تجري مجرى الغسلات؛ لأن أجزاءه تمر عليها جريات من الماء غير التي كانت ملاقية له، فأشبه ما لو مرت عليها جريات من ماء جار. وقال ابن عقيل: لا يكون غسله إلا بتفريغه منه أيضا. وإن كان المغسول جسما تدخل فيه أجزاء النجاسة، لم يحتسب برفعه من الماء غسلة، إلا بعد عصره، وعصر كل شيء بحسبه، فإن كان بساطا ثقيلا أو زليا فعصره بتقليبه ودقه.

[فصل ما أزيلت به النجاسة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢/١

(٦٠) فصل: ما أزيلت به النجاسة، إن انفصل متغيرا بالنجاسة، أو قبل طهارة المحل، فهو نجس؛ لأنه تغير بالنجاسة أو ماء قليل لاقى محلا نجسا لم يطهره، فكان نجسا، كما لو وردت عليه. وإن انفصل غير متغير من الغسلة التي طهر بها المحل، فإن كان المحل أرضا فهو طاهر، رواية واحدة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر أن يصب على بول الأعرابي ذنوب من ماء، ليطهر الأرض التي بال عليها، فلو كان المنفصل نجسا لنجس به ما انتشر إليه من الأرض، فتكثر النجاسة، وإن كان غير الأرض، ففيه وجهان؛ قال أبو الخطاب: **أصحهما** أنه طاهر.

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه انفصل عن محل محكوم بطهارته، فكان طاهرا، كالغسلة الثامنة، وأن المنفصل بعض المتصل والمتصل طاهر، وكذلك المنفصل. والثاني: أنه نجس وهو قول أبي حنيفة. واختاره أبو عبد الله بن حامد؛ لأنه ماء قليل، لاقى محلا نجسا، أشبه ما لو لم يطهرها. قال أبو الخطاب: إنما يحكم بطهارة المنفصل من الأرض إذا كانت قد نشفت أعيان البولة، فإن كانت أعيانها قائمة، فجرى الماء عليها، طهرها.

وفي المنفصل روايتان، كالمنفصل عن غير الأرض. قال: وكونه نجسا **أصح** في كلامه. والأولى الحكم بطهارته؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بغسل بول الأعرابي عقيب بوله، ولم يشترط نشافه.". (١)

٣٤٥. ٥-"[فصل اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة]

(٦٨) فصل: وإن اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة، لم يجز التحري، وصلى في كل ثوب بعدد النجس، وزاد صلاة. وهذا قول ابن الماجشون. وقال أبو ثور، والمزني: لا يصلي في شيء منها كالأواني، وقال أبو حنيفة، والشافعي: يتحرى فيها، كقولهم في الأواني والقبلة. ولنا أنه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فيلزمه، كما لو اشتبه الطهور بالطاهر، وكما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها.

والفرق بين هذا وبين الأواني النجسة من وجهين: أحدهما أن استعمال النجس يتنجس به، ويمنع صحة صلاته في الحال والمآل، وهذا بخلافه. الثاني أن الثوب النجس تباح له الصلاة فيه إذا لم يجد غيره، والماء النجس بخلافه. والفرق بينه وبين القبلة من وجوه: أحدها، أن القبلة يكثر الاشتباه فيها، فيشق اعتبار اليقين، فسقط دفعا للمشقة، وهذا بخلافه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣/١

الثاني أن الاشتباه هاهنا حصل بتفريطه؛ لأنه كان يمكنه تعليم النجس أو غسله، ولا يمكنه ذلك في القبلة. الثالث أن القبلة عليها أدلة من النجوم والشمس والقمر وغيرها، فيصح الاجتهاد في طلبها، ويقوى دليل الإصابة لها، بحيث لا يبقى احتمال الخطأ إلا وهما ضعيفا، بخلاف الثياب.

(٦٩) فصل: فإن لم يعلم عدد النجس، صلى فيما يتيقن به أنه صلى في ثوب طاهر، فإن كثر ذلك وشق، فقال ابن عقيل: يتحرى في أصح الوجهين؛ دفعا للمشقة. والثاني لا يتحرى؛ لأن هذا يندر جدا، فلا يفرد بحكم، ويحسب عليه دليل الغالب.

[فصل ورد ماء فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق]

(٧٠) فصل: وإن ورد ماء فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق، لم يلزمه قبول خبره؛ لأنه ليس من أهل الشهادة ولا الرواية، فلا يلزمه قبول خبره، كالطفل والمجنون، وإن كان المخبر بالغا عاقلا مسلما غير معلوم فسقه، وعين سبب النجاسة، لزم قبول خبره، سواء كان رجلا أو امرأة، حرا أو عبدا، معلوم العدالة أو مستور الحال؛ لأنه خبر ديني، فأشبه الخبر بدخول وقت الصلاة، وإن لم يعين سببها، فقال القاضي: لا يلزم قبول خبره؛ لاحتمال اعتقاده نجاسة الماء بسبب لا يعتقده المخبر، كالحنفي يرى نجاسة الماء الكثير، والشافعي يرى نجاسة الماء اليسير بما لا نفس له سائلة، والموسوس الذي يعتقد نجاسته بما لا ينجسه. ويحتمل أن يلزم قبول خبره، إذا انتفت هذه الاحتمالات في حقه.". (١)

٣٤٦. ٦-"مذهب أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ولا أعلم فيه خلافا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة.» ونهى عن الشرب في آنية الفضة، وقال: «من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة.» وقال - عليه الصلاة والسلام -: «الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم» . متفق عليهن.

فنهى والنهي يقتضي التحريم، وذكر في ذلك وعيدا شديدا، يقتضي التحريم ويروى " نار جهنم " برفع الراء ونصبها؛ فمن رفعها نسب الفعل إلى النار، ومن نصبها أضمر الفاعل في الفعل، وجعل النار مفعولا، تقديره: يجرجر الشارب في بطنه نار جهنم. والعلة في تحريم الشرب فيها ما يتضمنه ذلك من

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧/١

الفخر والخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، وهو موجود في الطهارة منها واستعمالها كيفما كان، بل إذا حرم في غير العبادة ففيها أولى، فإن توضأ منها، أو اغتسل، فعلى وجهين: أحدهما تصح طهارته. وهو قول الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحابالرأي؛ لأن فعل الطهارة وماءها لا يتعلق بشيء من ذلك، أشبه الطهارة في الدار المغصوبة. والثاني: لا يصح

اختاره أبو بكر؛ لأنه استعمل المحرم في العبادة، فلم يصح، كالصلاة في الدار المغصوبة والأول **أصح**، ويفارق هذا الصلاة في الدار المغصوبة؛ لأن أفعال الصلاة من القيام والقعود والركوع والسجود، في الدار المغصوبة؛ محرم؛ لكونه تصرفا في ملك غيره بغير إذنه، وشغلا له، وأفعال الوضوء؛ من الغسل، والمسح، ليس بمحرم، إذ ليس هو استعمالا للإناء، ولا تصرفا فيه، وإنما يقع ذلك بعد رفع الماء من الإناء، وفصله عنه، فأشبه ما لو غرف بآنية الفضة في إناء غيره، ثم توضأ به؛ ولأن المكان شرط للصلاة، إذ لا يمكن وجودها في غير مكان، والإناء ليس بشرط، فأشبه ما لو صلى وفي يده خاتم ذهب.

[مسألة جعل آنية الذهب والفضة مصبا لماء الوضوء]

مسألة: فإن جعل آنية الذهب والفضة مصبا لماء الوضوء، ينفصل الماء عن أعضائه إليه، صح الوضوء؛ لأن المنفصل الذي يقع في الآنية قد رفع الحدث، فلم يزل ذلك بوقوعه في الإناء، ويحتمل أن تكون كالتي قبلها؛ لأن الفخر والخيلاء وكسر قلوب الفقراء يحصل باستعماله هاهنا؛ كحصوله في التي قبلها، وفعل الطهارة". (١)

٣٤٧. ٧-"عنها للمشقة وقد انتفت الحاجة فتنتفي الطهارة. والثاني هي طاهرة. وهذا **أصح**؛ لأنها كانت طاهرة في الحياة، والموت لا يقتضي تنجيسها. فتبقى الطهارة، وما ذكرناه للوجه الأول لا يصح؛ لأننا لا نسلم وجود علة التنجيس، ولئن سلمناه غير أن الشرع ألغاه، ولم يثبت اعتباره في موضع، فليس لنا إثبات حكمه بالتحكم.

[فصل الخرز بشعر الخنزير]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦/١

(٩٦) فصل: واختلفت الرواية عن أحمد في الخرز بشعر الخنزير، فروي عنه كراهته، وحكي ذلك عن ابن سيرين والحكم، وحماد، وإسحاق، والشافعي لأنه استعمال للعين النجسة، ولا يسلم من التنجس بها، فحرم الانتفاع بها، كجلده. والثانية يجوز الخرز به. قال: وبالليف أحب إلينا ورخص فيه الحسن ومالك، والأوزاعي، وأبو حنيفة؛ لأن الحاجة تدعو إليه وإذا خرز به شيئا رطبا، أو كانت الشعرة رطبة نجس، ولم يطهر إلا بالغسل. قال ابن عقيل: وقد روي عن أحمد أنه لا بأس به، ولعله قال ذلك لأنه لا يسلم الناس منه، وفي تكليف غسله إتلاف أموال الناس، فالظاهر أن أحمد إنما عنى لا بأس بالخرز، فأما الطهارة فلا بد منها. والله أعلم.

[فصل أطعمة أهل الكتاب وآنيتهم وثيابهم]

(٩٧) فصل: والمشركون على ضربين: أهل كتاب وغيرهم. فأهل الكتاب يباح أكل طعامهم وشرابهم، والأكل في آنيتهم، ما لم يتحقق نجاستها. قال ابن عقيل: لا تختلف الرواية في أنه لا يحرم استعمال أوانيهم؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾ [المائدة: ٥] وروي عن عبد الله بن المغفل، قال: «دلي جراب من شحم يوم خيبر، فالتزمته، وقلت: والله لا أعطي أحدا منه شيئا. فالتفت، فإذا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يبتسم.» رواه مسلم، وأخرجه البخاري بمعناه.

وروي أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – أضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة.» رواه الإمام أحمد، في " المسند " وكتاب " الزهد "، وتوضأ عمر من جرة نصرانية. وهل يكره له استعمال أوانيهم؟ على روايتين: إحداهما: لا يكره؛ لما ذكرناه.

والثانية يكره لما روى أبو ثعلبة الخشني، قال: قلت «يا رسول الله، إنا بأرض قوم أهل كتاب، أفنأكل في آنيتهم؟ فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: إن وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها، وإن لم تجدوا غيرها فاغسلوها وكلوا فيها» متفق عليه،". (١)

٣٤٨. ٨-"[فصل إذا نام الرجل وعليه سراويله]

(١٢٤) فصل: ولا فرق بين كون يد النائم مطلقة أو مشدودة بشيء، أو في جراب، أو كون النائم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦١/١

عليه سراويله أو لم يكن. قال أبو داود: سئل أحمد إذا نام الرجل وعليه سراويله؟ قال: السراويل وغيره واحد، قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا انتبه أحدكم من منامه فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا» . يعني أن الحديث عام، فيجب الأخذ بعمومه.

ولأن الحكم إذا تعلق على المظنة لم يعتبر حقيقة الحكمة، كالعدة الواجبة لاستبراء الرحم، تجب في حق الآيسة والصغيرة، وكذاك الاستبراء، مع أن احتمال النجاسة لا ينحصر في مس الفرج، فإنه قد يكون في البدن بثرة أو دمل، وقد يحك جسده فيخرج منه دم بين أظفاره، أو يخرج من أنفه دم، وقد تكون نجسة قبل نومه فينسى نجاستها لطول نومه، على أن الظاهر عند من أوجب الغسل أنه تعبد؛ لا لعلة التنجيس، ولهذا لم يحكم بنجاسة اليد ولا الماء، فيعم الوجوب كل من تناوله الخبر.

[فصل كان القائم من نوم صبيا أو مجنونا أو كافرا]

(١٢٥) فصل: فإن كان القائم من نوم الليل صبيا أو مجنونا أو كافرا، ففيه وجهان: أحدهما أنه كالمسلم البالغ العاقل؛ لأنه لا يدري أين باتت يده. والثاني، أنه لا يؤثر غمسه شيئا؛ لأن المنع من الغمس إنما يثبت بالخطاب، ولا خطاب في حق هؤلاء؛ ولأن وجوب الغسل هاهنا تعبد، ولا تعبد في حق هؤلاء؛ ولأن غمسهم لو أثر في الماء لأثر في جميع زمانهم؛ لأن الغسل المزيل من حكم المنع من شرطه النية، وما هم من أهلها، ولا نعلم قائلا بذلك.

[فصل النوم الذي يتعلق به الأمر بغسل اليد]

(١٢٦) فصل: والنوم الذي يتعلق به الأمر بغسل اليد ما نقض الوضوء. ذكره القاضي؛ لعموم الخبر في النوم. وقال ابن عقيل: هو ما زاد على نصف الليل؛ لأنه لا يكون بائتا إلا بذلك، بدليل أن من دفع من مزدلفة قبل نصف الليل لا يكون بائتا بها، ولهذا يلزمه دم، بخلاف من دفع بعد نصف الليل. والأول أصح، وما ذكره يبطل بما إذا جاء مزدلفة بعد نصف الليل، فإنه يكون بائتا بها، ولا دم عليه، وإنما بات بها دون النصف.

[فصل غسل اليدين يفتقر إلى النية]

(١٢٧) فصل: وغسل اليدين يفتقر إلى النية عند من أوجبه في أحد الوجهين؛ لأنه طهارة تعبدية، فأشبه الوضوء والغسل. والثاني: لا يفتقر إلى النية؛ لأنه معلل بوهم النجاسة، ولا تعتبر في غسلها

النية؛ ولأن المأمور به الغسل، وقد أتى به، والأمر بالشيء يقتضي حصول الإجزاء به. ولا يفتقر الغسل إلى تسمية.". (١)

٣٤٩. ٩-"[فصل المبالغة مستحبة في سائر أعضاء الوضوء]

(١٣٣) فصل: المبالغة مستحبة في سائر أعضاء الوضوء؛ لقوله - عليه السلام -: «أسبغ الوضوء.» والمبالغة في المضمضة إدارة الماء في أعماق الفم وأقاصيه وأشداقه، ولا يجعله وجورا لم يمجه، وإن ابتلعه جاز؛ لأن الغسل قد حصل. والمبالغة في سائر الأعضاء بالتخليل، وبتتبع المواضع التي ينبو عنها الماء بالدلك والعرك ومجاوزة موضع الوجوب بالغسل. وقد روى نعيم بن عبد الله، «أنه رأى أبا هريرة يتوضأ، فغسل وجهه ويديه حتى كاد أن يبلغ المنكبين، ثم غسل رجليه حتى رفع إلى الساقين، ثم قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: إن أمتي يأتون يوم القيامة غرا محجلين من أثر الوضوء، فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل» . متفق عليه.

وروى أبو حازم عنه قريبا من هذا، وقال: سمعت خليلي يقول: «تبلغ الحلية من المؤمن حيث يبلغ الوضوء» متفق عليه.

[مسألة تخليل اللحية]

(١٣٤) مسألة قال: وتخليل اللحية وجملة ذلك: أن اللحية إن كانت خفيفة تصف البشرة وجب غسل باطنها. وإن كانت كثيفة لم يجب غسل ما تحتها، ويستحب تخليلها. وممن روي عنه أنه كان يخلل لحيته: ابن عمر، وابن عباس، والحسن، وأنس، وابن أبي ليلى وعطاء بن السائب.

وقال إسحاق: إذا ترك تخليل لحيته عامدا أعاد، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يخلل لحيته.» رواه عنه عثمان بن عفان. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال البخاري: هذا أصح حديث في الباب.

وروى أبو داود عن أنس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان إذا توضأ أخذ كفا من ماء فأدخله تحت حنكه وقال: هكذا أمرني ربي عز وجل.» وعن ابن عمر، قال «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا توضأ عرك عارضيه بعض العرك، ثم شبك لحيته بأصابعه من تحتها.» رواه ابن ماجه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٥/١

وقال عطاء وأبو ثور: يجب غسل باطن شعور الوجه وإن كان كثيفا كما يجب في الجنابة؛ ولأنه مأمور بغسل الوجه في الوضوء كما أمر بغسله في الجنابة، فما وجب في أحدهما وجب في الآخر مثله. ومذهب أكثر أهل العلم أن ذلك لا يجب، ولا يجب التخليل؛ وممن رخص في ترك التخليل ابن عمر، والحسن بن علي، وطاوس، والنخعي، والشعبي، وأبو العالية، ومجاهد، وأبو القاسم، ومحمد". (١)

٣٥٠. ١٠-"[باب فرض الطهارة] [مسألة قال فرض الطهارة ماء طاهر وإزالة الحدث]

(١٤٢) مسألة قال: وفرض الطهارة ماء طاهر، وإزالة الحدث أراد بالطاهر: الطهور. وقد ذكرنا فيما مضى أن الطهارة لا تصح إلا بالماء الطهور. وعنى بإزالة الحدث الاستنجاء بالماء أو بالأحجار، وينبغي أن يتقيد ذلك بحالة وجود الحدث، كما تقيد اشتراط الطهارة بحالة وجوده. وسمى هذين فرضين لأنهما من شرائط الوضوء، وشرائط الشيء واجبة له، والواجب هو الفرض وفي إحدى الروايتين. وظاهر كلام الخرقي اشتراط الاستنجاء لصحة الوضوء، فلو توضأ قبل الاستنجاء لم يصح كالتيمم. والرواية الثانية: يصح الوضوء قبل الاستنجاء، ويستجمر بعد ذلك بالأحجار، أو يغسل فرجه بحائل بينه وبين يديه ولا يمس الفرج. وهذه الرواية أصح، وهي مذهب الشافعي لأنها إزالة نجاسة، فلم تشترط لصحة الطهارة، كما لو كانت على غير الفرج. فأما التيمم قبل الاستجمار، فقال القاضي: لا يصح وجها واحدا؛ لأن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما أبيح للصلاة، ومن عليه نجاسة يمكنه إزالتها لا تباح له الصلاة، فلم تصح نية الاستباحة كالتيمم قبل الوقت. وقال القاضي: فيه وجه آخر، أنه يصح؛ لأن التيمم طهارة فأشبهت طهارة الوضوء، والمنع من الإباحة لمانع آخر لا يقدح في صحة التيمم، كما لو تيمم في موضع نهي عن الصلاة فيه، أو تيمم من على ثوبه نجاسة أو على بدنه في غير الفرج.
وقال ابن عقيل لو كانت النجاسة على غير الفرج من بدنه فهو كما لو كانت على الفرج؛ لما ذكرنا من العلة. والأشبه التفريق بينهما، كما لو افترقا في طهارة الماء؛ ولأن نجاسة الفرج سبب وجوب التيمم، فجاز أن يكون بقاؤها مانعا منه، بخلاف سائر النجاسات.

[مسألة النية للطهارة]

(١٤٣) مسألة: قال: والنية للطهارة يعني نية الطهارة. والنية: القصد، يقال: نواك: الله بخير. أي

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٨/١

قصدك به. ونويت السفر. أي: قصدته، وعزمت عليه. والنية من شرائط الطهارة للأحداث كلها، لا يصح وضوء ولا غسل ولا تيمم، إلا بها. روي ذلك عن علي وبه قال ربيعة ومالك والشافعي والليث وإسحاق وأبو عبيدة، وابن المنذر وقال الثوري وأصحابالرأي: لا تشترط النية في طهارة الماء، وإنما تشترط في التيمم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] الآية، ذكر الشرائط، ولم يذكر النية، ولو كانت شرطا لذكرها؛ ولأن مقتضى الأمر حصول الإجزاء بفعل المأمور به، فتقضي الآية حصول الإجزاء بما تضمنته؛ ولأنها طهارة بالماء، فلم تفتقر إلى النية كغسل النجاسة.

ولنا: ما روى عمر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ". (١)

٣٥١. ١١-"كالصلاة، إلا أن النية إنما هي القصد، ولا يعتبر مقارنتها، فمهما علم أنه جاء ليتوضأ وأراد فعل الوضوء مقارنا له أو سابقا عليه قريبا منه فقد وجدت النية، وإن شك في وجود ذلك في أثناء الطهارة لم يصح ما فعله منها، وهكذا إن شك في غسل عضو أو مسح رأسه، كان حكمه حكم من لم يأت به؛ لأن الأصل عدمه، إلا أن يكون ذلك وهما كالوسواس، فلا يلتفت إليه. وإن شك في شيء من ذلك بعد فراغه من الطهارة لم يلتفت إلى شكه؛ لأنه شك في العبادة بعد فراغه منها، أشبه الشك في شرط الصلاة، ويحتمل أن تبطل الطهارة؛ لأن حكمها باق، بدليل بطلانها بمبطلاتها، بخلاف الصلاة.

والأول **أصح**؛ لأنها كانت محكوما؛ بصحتها قبل شكه، فلا يزول ذلك بالشك، كما لو شك في وجود الحدث المبطل.

(١٤٨) فصل وإذا وضأه غيره اعتبرت النية من المتوضئ دون الموضئ؛ لأن المتوضئ هو المخاطب بالوضوء، والوضوء يحصل له بخلاف الموضئ، فإنه آلة لا يخاطب به، ولا يحصل له فأشبه الإناء أو حامل الماء إليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٢/١

(١٤٩) فصل وإذا توضأ وصلى الظهر، ثم أحدث وتوضأ وصلى العصر، ثم علم أنه ترك مسح رأسه، أو واجبا في الطهارة في أحد الوضوءين، لزمه إعادة الوضوء والصلاتين معا؛ لأنه تيقن بطلان أحد الصلاتين لا بعينها. وكذا لو ترك واجبا في وضوء إحدى الصلوات الخمس ولم يعلم عينه، لزمه إعادة الوضوء والصلوات الخمس؛ لأنه يعلم أن عليه صلاة من خمس لا يعلم عينها، فلزمته، كما لو نسي صلاة في يوم لا يعلم عينها، وإن كان الوضوء تجديدا لا عن حدث، وقلنا إن التجديد لا يرفع الحدث، فكذلك؛ لأن وجوده كعدمه، وإن قلنا: يرفع الحدث لم يلزمه إلا الأولى؛ لأن الطهارة الأولى إن كانت صحيحة فصلاته كلها صحيحة؛ لأنها باقية لم تبطل بالتجديد، وإن كانت غير صحيحة فقد ارتفع الحدث بالتجديد.

(١٥٠) مسألة: قال: وغسل الوجه، وهو من منابت شعر الرأس إلى ما انحدر من اللحيين والذقن وإلى أصول الأذنين، ويتعاهد المفصل، وهو ما بين اللحية والأذن. غسل الوجه واجب بالنص والإجماع، وقوله: من منابت شعر الرأس، أي في غالب الناس، ولا يعتبر كل واحد بنفسه، بل لو كان أجلح ينحسر شعره عن مقدم رأسه، غسل إلى حد منابت الشعر في الغالب، والأفرع الذي ينزل شعره إلى الوجه، يجب عليه غسل الشعر الذي ينزل عن حد الغالب. وذهب الزهري إلى أن الأذنين من الوجه يغسلان معه؛ لقوله – عليه السلام –: «سجد وجهي لله الذي خلقه وصوره وشق سمعه وبصره.» أضاف السمع إليه كما أضاف البصر.
وقال مالك ما بين اللحية والأذن ليس من الوجه ولا يجب غسله؛ لأن الوجه ما تحصل به المواجهة، وهذا لا يواجه به. قال ابن عبد البر لا أعلم أحدا من فقهاء الأمصار قال بقول مالك هذا.". (١)

٣٥٢. ١٢–"ولنا على الزهري قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «الأذنان من الرأس» . وفي حديث ابن عباس، والربيع، والمقدام، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – مسح أذنيه مع رأسه.» وقد ذكرناهما. ولم يحك أحد أنه غسلهما مع الوجه، وإنما أضافهما إلى الوجه لمجاورتهما له، والشيء يسمى باسم ما جاوره.
ولنا على مالك أن هذا من الوجه في حق من لا لحية له، فكان منه في حق من له لحية كسائر الوجه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٥/١

وقوله: إن الوجه ما يحصل به المواجهة. قلنا: وهذا يحصل به المواجهة في الغلام. ويستحب تعاهد هذا الموضع بالغسل؛ لأنه مما يغفل الناس عنه، قال المروذي: أراني أبو عبد الله ما بين أذنه وصدغه، وقال: هذا موضع ينبغي أن يتعاهد. وهذا الموضع مفصل اللحي من الوجه، فلذلك سماه الخرقي مفصلا.

(١٥١) فصل ويدخل في الوجه العذار، وهو الشعر الذي على العظم الناتئ الذي هو سمت صماخ الأذن، وما انحط عنه إلى وتد الأذن.

والعارض: وهو ما نزل عن حد العذار، وهو الشعر الذي على اللحيين. قال الأصمعي والمفضل بن سلمة: ما جاوز وتد الأذن عارض. والذقن: مجمع اللحيين. فهذه الشعور الثلاثة من الوجه يجب غسلها معه. وكذلك الشعور الأربعة، وهي الحاجبان، وأهداب العينين، والعنفقة، والشارب.

فأما الصدغ، وهو الشعر الذي بعد انتهاء العذار، وهو ما يحاذي رأس الأذن وينزل عن رأسها قليلا، والنزعتان، وهما ما انحسر عنه الشعر من الرأس متصاعدا في جانبي الرأس، فهما من الرأس. وذكر بعض أصحابنا في الصدغ وجها آخر، أنه من الوجه؛ لأنه متصل بالعذار، أشبه العارض، وليس بصحيح؛ فإن الربيع بنت معوذ قالت: «رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – توضأ فمسح رأسه، ومسح ما أقبل منه وما أدبر، وصدغيه وأذنيه، مرة واحدة.» فمسحه مع الرأس، ولم ينقل أنه غسله مع الوجه؛ ولأنه شعر متصل بشعر الرأس لا يختص الكبير، فكان من الرأس، كسائر نواحيه، وما ذكره من القياس طردي لا معنى تحته، وليس هو أولى من قياسنا. فأما التحذيف، وهو الشعر الداخل في الوجه ما بين انتهاء العذار والنزعة، فهو من الوجه. ذكره ابن حامد.

ويحتمل أنه من الرأس؛ لأنه شعر متصل به، والأول أصح؛ لأن محله لو لم يكن عليه شعر لكان من الوجه، فكذلك إذا كان عليه شعر، كسائر الوجه.

(١٥٢) فصل: وهذه الشعور كلها إن كانت كثيفة لا تصف البشرة، أجزأه غسل ظاهرها. وإن كانت تصف البشرة، وجب غسلها معه. وإن كان بعضها كثيفا وبعضها خفيفا، وجب غسل بشرة الخفيف معه وظاهر الكثيف. أومأ إليه أحمد – رحمه الله تعالى –. ومن أصحابنا من ذكر في الشارب، والعنفقة، والحاجبين، وأهداب العينين، ولحية المرأة، وجها آخر في وجوب غسل باطنها، وإن كانت كثيفة؛ لأنها

لا تستر". (١)

٣٥٣. ١٣-"بيان للغسل المأمور به في الآية، فإن " إلى " تستعمل بمعنى مع، قال الله تعالى: ﴿ويزدكم قوة إلى قوتكم﴾ [هود: ٥٢] . أي مع قوتكم، ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم﴾ [النساء: ٢] ، و ﴿من أنصاري إلى الله﴾ [آل عمران: ٥٢] . فكان فعله مبينا. وقولهم: إن " إلى " للغاية. قلنا: وقد تكون بمعنى مع، قال المبرد: إذا كان الحد من جنس المحدود دخل فيه، كقولهم: بعت هذا الثوب من هذا الطرف إلى هذا الطرف.

[فصل خلق له إصبع زائدة أو يد زائدة في محل الفرض]

(١٦١) فصل: وإن خلق له إصبع زائدة، أو يد زائدة في محل الفرض، وجب غسلها مع الأصلية؛ لأنها نابتة فيه، أشبهت الثؤلول، وإن كانت نابتة في غير محل الفرض كالعضد أو المنكب، لم يجب غسلها، سواء كانت قصيرة أو طويلة؛ لأنها في غير محل الفرض، فأشبهت شعر الرأس إذا نزل عن الوجه، وهذا قول ابن حامد وابن عقيل وقال القاضي: إن كان بعضها يحاذي محل الفرض غسل ما يحاذيه منها. والأول أصح. واختلف أصحاب الرأي في ذلك، كنحو مما ذكرنا.

وإن لم يعلم الأصلية منهما وجب غسلهما جميعا؛ لأن غسل إحداهما واجب، ولا يخرج عن عهدة الواجب يقينا إلا بغسلهما، فوجب غسلهما، كما لو تنجست إحدى يديه ولم يعلم عينها.

[فصل وضوء من تعلقت جلدة من غير محل الفرض حتى تدلت من محل الفرض]

(١٦٢) فصل: وإن انقلعت جلدة من غير محل الفرض، حتى تدلت من محل الفرض، وجب غسلها؛ لأن أصلها في محل الفرض، فأشبهت الإصبع الزائدة، وإن تقلعت من محل الفرض حتى صارت متدلية من غير محل الفرض، لم يجب غسلها؛ قصيرة كانت أو طويلة بلا خلاف؛ لأنها في غير محل الفرض وإن تعلقت من أحد المحلين، فالتحم رأسها في الآخر، وبقي وسطها متجافيا، صارت كالنابتة في المحلين، يجب غسل ما حاذى محل الفرض منها من ظاهرها وباطنها، وغسل ما تحتها من محل الفرض.

[فصل حكم الوضوء لمن قطعت يده من دون المرفق]

(١) المغني لابن قدامة ١/٨٦

(١٦٣) فصل: وإن قطعت يده من دون المرفق، غسل ما بقي من محل الفرض. وإن قطعت من المرفق غسل العظم الذي هو طرف العضد؛ لأن غسل العظمين المتلاقيين من الذراع والعضد واجب، فإذا زال أحدهما غسل الآخر. وإن كان من فوق المرفقين سقط الغسل لعدم محله.
فإن كان أقطع اليدين فوجد من يوضئه متبرعا لزمه ذلك؛ لأنه قادر عليه. وإن لم يجد من يوضئه إلا بأجر يقدر عليه، لزمه أيضا كما يلزمه شراء الماء. وقال ابن عقيل يحتمل أن لا يلزمه، كما لو عجز عن القيام في الصلاة لم يلزمه استئجار من يقيمه ويعتمد عليه. وإن عجز عن الأجر، أو لم يقدر على من يستأجره، صلى على حسب حاله، كعادم الماء والتراب. وإن وجد". (١)

٣٥٤. ١٤-"[مسألة وضوء النافلة يجزئ لصلاة الفريضة]

(١٨٩) مسألة: قال: وإذا توضأ لنافلة صلى فريضة لا أعلم في هذه المسألة خلافا؛ وذلك لأن النافلة تفتقر إلى رفع الحدث كالفريضة، وإذا ارتفع الحدث تحقق شرط الصلاة وارتفع المانع، فأبيح له الفرض، وكذلك كل ما يفتقر إلى الطهارة، كمس المصحف والطواف، إذا توضأ له ارتفع حدثه، وصحت طهارته، وأبيح له سائر ما يحتاج إلى الطهارة. وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

(١٩٠) فصل يجوز أن يصلي بالوضوء ما لم يحدث، ولا نعلم في هذا خلافا. قال أحمد بن قاسم: سألت أحمد عن رجل صلى أكثر من خمس صلوات بوضوء واحد؟ قال: ما بأس بهذا إذا لم ينتقض وضوءه، ما ظننت أن أحدا أنكر هذا. وقال: «صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - الصلوات الخمس يوم الفتح بوضوء واحد.» وروى أنس قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يتوضأ عند كل صلاة قلت: وكيف كنتم تصنعون، قال: يجزئ أحدنا الوضوء ما لم يحدث.» رواه البخاري وأبو داود. وفي مسلم، عن بريدة قال: «صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم الفتح خمس صلوات بوضوء واحد، ومسح على خفيه، فقال له عمر: إني رأيتك صنعت شيئا لم تكن تصنعه، قال: عمدا صنعته.»

(١٩١) فصل: وتجديد الوضوء مستحب، نص أحمد عليه في رواية موسى بن عيسى، ونقل حنبل عنه أنه كان يفعله؛ وذلك لما روينا من الحديث، وعن غطيف الهذلي، قال: «رأيت ابن عمر يوما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩١/١

توضأ لكل صلاة، فقلت: أصلحك الله، أفريضة أم سنة، الوضوء عند كل صلاة؟ فقال: لا، لو توضأت لصلاة الصبح لصليت به الصلوات كلها ما لم أحدث، ولكني سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: من توضأ على طهر فله عشر حسنات. وإنما رغبت في الحسنات.» أخرجه أبو داود وابن ماجه. وقد نقل علي بن سعيد، عن أحمد: لا فضل فيه. والأول **أصح**.

(١٩٢) فصل: ولا بأس بالوضوء في المسجد إذا لم يؤذ أحدا بوضوئه، ولم يبل موضع الصلاة. قال ابن المنذر أباح ذلك كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار، منهم: ابن عمر وابن عباس وعطاء وطاوس وأبو بكر بن محمد وابن عمر وابن حزم وابن جريج وعوام أهل العلم، قال: وبه نقول، إلا أن يبل مكانا يجتاز الناس فيه، فإني أكرهه، إلا أن يفحص الحصى عن البطحاء، كما فعل لعطاء وطاوس فإذا توضأ رد الحصى عليه، فإني لا أكرهه، وقد روي عن أحمد أنه يكرهه؛ صيانة للمسجد عن البصاق والمخاط وما يخرج من فضلات الوضوء.". (١)

٣٥٥. ١٥-"عن رش الماء على الخف إذا لم يستجمر الرجل؟ قال أحب إلي أن يغسله ثلاثا. وهذا قول ابن حامد وظاهر قول المتأخرين من أصحابنا أنه نجس، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة فلو قعد المستجمر في ماء قليل نجسه ولو عرق كان عرقه نجسا؛ لأنه مسح للنجاسة، فلم يطهر به محلها كسائر المسح.

ووجه الأول قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «لا تستنجوا بروث ولا عظم، فإنهما لا يطهران» فمفهومه أن غيرها يطهر؛ ولأن الصحابة – رضي الله عنهم –، كان الغالب عليهم الاستجمار، حتى إن جماعة منهم أنكروا الاستنجاء بالماء، وسماه بعضهم بدعة وبلادهم حارة، والظاهر أنهم لا يسلمون من العرق، فلم ينقل عنهم توقي ذلك، ولا الاحتراز منه ولا ذكر ذلك أصلا وقد نقل عن ابن عمر، أنه بال بالمزدلفة فأدخل يده فنضح فرجه من تحت ثيابه وعن إبراهيم النخعي نحو ذلك، ولولا أنهما اعتقدا طهارته ما فعلا ذلك.

(٢٢٣) فصل: إذا استنجى بالماء لم يحتج إلى تراب قال أحمد يجزئه الماء وحده.

ولم ينقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه استعمل التراب مع الماء في الاستنجاء ولا أمر به،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٥/١

فأما عدد الغسلات فقد اختلف عن أحمد فيها؛ فقال، في رواية ابنه صالح أقل ما يجزئه من الماء سبع مرات. وقال في رواية محمد بن الحكم: ولكن المقعدة يجزئ أن تمسح بثلاثة أحجار أو يغسلها ثلاث مرات، ولا يجزئ عندي إذا كان في الجسد أن يغسله ثلاث مرات، وذلك لما روت عائشة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يغسل مقعدته ثلاثا» رواه ابن ماجه وقال أبو داود سئل أحمد عن حد الاستنجاء بالماء؟ فقال ينقي.

وظاهر هذا أنه لا عدد فيه إنما الواجب الإنقاء، وهذا أصح لأنه لم يصح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في ذلك عدد، ولا أمر به، ولا بد من الإنقاء على الروايات كلها، وهو أن تذهب لزوجة النجاسة وآثارها.

[فصول في أدب التخلي]

لا يجوز استقبال القبلة في الفضاء لقضاء الحاجة، في قول أكثر أهل العلم؛ لما روى أبو أيوب قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «إذا أتى أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يولها ظهره، ولكن شرقوا أو غربوا قال أبو أيوب: فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت نحو الكعبة، فننحرف عنها ونستغفر الله عز وجل» متفق عليه. ولمسلم، عن أبي هريرة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «إذا جلس أحدكم على حاجته فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها»

وقال عروة بن ربيعة وداود:". (١)

٣٥٦. ١٦-"وإن لم يجد شيئا أبعد حتى لا يراه أحد؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من أتى الغائط فليستتر، فإن لم يجد إلا أن يجمع كثيبا من الرمل فليستدبره» وروي عنه - عليه السلام - «أنه خرج ومعه درقة، ثم استتر بها، ثم بال» .

وعن جابر قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا أراد البراز انطلق حتى لا يراه أحد.» والبراز: الموضع البارز، سمي قضاء الحاجة به؛ لأنها تقضى فيه. وعن المغيرة بن شعبة، قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا ذهب أبعد» ، روى أحاديث هذا الفصل كلها أبو داود وابن ماجه. وقال عبد الله بن جعفر: «كان أحب ما استتر به النبي - صلى الله عليه وسلم - إليه لحاجته

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١١٩

هدف أو حائش نخل» رواه ابن ماجه.

(٢٢٧) فصل: ويستحب أن يرتاد لبوله موضعا رخوا؛ لئلا يترشش عليه، «قال أبو موسى كنت مع النبي – صلى الله عليه وسلم – ذات يوم، فأراد أن يتبول، فأتى دمثا في أصل حائط، فبال ثم قال إذا أراد أحدكم أن يتبول فليرتد لبوله» رواه الإمام أحمد ويستحب أن يبول قاعدا؛ لئلا يترشش عليه، قال ابن مسعود من الجفاء أن تبول وأنت قائم. وكان سعد بن إبراهيم لا يجيز شهادة من بال قائما، «قالت عائشة: من حدثكم أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يبول قائما فلا تصدقوه، ما كان يبول إلا قاعدا.» قال الترمذي: هذا أصح شيء في الباب

وقد رويت الرخصة فيه عن عمر وعلي، وابن عمر وزيد بن ثابت وسهل بن سعد وأنس وأبي هريرة وعروة. وروى حذيفة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أتى سباطة قوم، فبال قائما.» رواه البخاري، وغيره. ولعل النبي – صلى الله عليه وسلم – فعل ذلك لتبيين الجواز، ولم يفعله إلا مرة واحدة، ويحتمل أنه كان في موضع لا يتمكن من الجلوس فيه.

وقيل: فعل ذلك لعلة كانت بمأبضه. والمأبض ما تحت الركبة من كل حيوان.

(٢٢٨) فصل: ويستحب أن لا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض؛ لما روى أبو داود عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «كان". (١)

٣٥٧. ١٧–"وعروة وسليمان بن يسار والزهري والأوزاعي والشافعي، وهو المشهور عن مالك، وقد روي أيضا عن عمر بن الخطاب وأبي هريرة وابن سيرين وأبي العالية.

والرواية الثانية، لا وضوء فيه. روي ذلك عن علي وعمار وابن مسعود وحذيفة وعمران بن حصين وأبي الدرداء، وبه قال ربيعة والثوري وابن المنذر، وأصحابالرأي لما روى قيس بن طلق، عن أبيه، قال: «قدمنا على نبي الله – صلى الله عليه وسلم – فجاء رجل كأنه بدوي، فقال: يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعدما يتوضأ؟ فقال وهل هو إلا بضعة منك أو مضغة منك» رواه أبو داود والنسائي، والترمذي، وابن ماجه؛ ولأنه عضو منه، فكان كسائره، ووجه الرواية الأولى ما روت بسرة بنت صفوان أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من مس ذكره فليتوضأ» وعن جابر مثل ذلك وعن أم حبيبة، وأبي أيوب قالا: سمعنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «من مس فرجه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢١/١

فليتوضأ» وفي الباب عن أبي هريرة رواهن ابن ماجه. وقال أحمد حديث بسرة وحديث أم حبيبة صحيحان. وقال الترمذي حديث بسرة حسن صحيح. وقال البخاري: أصح شيء في هذا الباب حديث بسرة وقال أبو زرعة حديث أم حبيبة أيضا صحيح وقد روي عن بضعة عشر من الصحابة – رضوان الله عليهم –. فأما خبر قيس فقال أبو زرعة، وأبو حاتم: قيس ممن لا تقوم بروايته حجة ثم إن حديثنا متأخر؛ لأن أبا هريرة قد رواه، وهو متأخر الإسلام، صحب النبي – صلى الله عليه وسلم – أربع سنين، وكان قدوم طلق على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهم يؤسسون المسجد أول زمن الهجرة، فيكون حديثنا ناسخا له.

وقياس الذكر على سائر البدن لا يستقيم؛ لأنه تتعلق به أحكام ينفرد بها؛ من وجوب الغسل بإيلاجه والحد والمهر، وغير ذلك.

(٢٤٩) فصل: فعلى رواية النقض لا فرق بين العامد وغيره وبه قال الأوزاعي والشافعي وإسحاق، وأبو أيوب وأبو خيثمة لعموم الخبر، وعن أحمد: لا ينتقض الوضوء إلا بمسه قاصدا مسه.

قال أحمد بن الحسين: قيل لأحمد الوضوء من مس الذكر: فقال: هكذا – وقبض على يده – يعني إذا قبض عليه، وهذا قول مكحول وطاوس وسعيد بن جبير، وحميد الطويل قالوا: إن مسه يريد وضوءا وإلا فلا شيء عليه؛ لأنه لمس، فلا ينقض الوضوء من غير قصد كلمس النساء.

(٢٥٠) فصل: ولا فرق بين بطن الكف وظهره. وهذا قول عطاء والأوزاعي وقال مالك والليث". (١)

٣٥٨. ١٨–"وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين: طاهرا ونجسا؛ فالطاهر لا ينقض الوضوء على حال ما، والنجس ينقض الوضوء في الجملة، رواية واحدة. روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعلقمة وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق، وأصحابالرأي. وكان مالك وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، لا يوجبون منه وضوءا، وقال مكحول: لا وضوء إلا فيما خرج من قبل أو دبر؛ لأنه خارج من غير المخرج، مع بقاء المخرج، فلم يتعلق به نقض الطهارة، كالبصاق ولأنه لا نص فيه، ولا يمكن قياسه على محل النص، وهو الخارج من السبيلين، لكون الحكم فيه غير معلل ولأنه لا يفترق الحال بين قليله وكثيره، وطاهره ونجسه؛ وها هنا بخلافه، فامتنع القياس.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٢/١

ولنا: ما روى أبو الدرداء: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قاء فتوضأ، فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان: صدق، أنا صببت له وضوءه.» رواه الأثرم والترمذي، وقال: هذا أصح شيء في هذا الباب قيل لأحمد: حديث ثوبان ثبت عندك؟ قال: نعم. وروى الخلال بإسناده، عن ابن جريج، عن أبيه، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " إذا قلس أحدكم فليتوضأ " قال ابن جريج: وحدثني ابن أبي مليكة، عن عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثل ذلك وأيضا فإنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا؛ ولأنه خارج يلحقه حكم التطهير، فنقض الوضوء كالخارج من السبيل. وقياسهم منقوض بما إذا انفتح مخرج دون المعدة.

(٢٦٠) فصل: وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير، وقال بعض أصحابنا : فيه رواية أخرى، أن اليسير ينقض. ولا نعرف هذه الرواية، ولم يذكرها الخلال في " جامعه " إلا في القلس، واطرحها وقال القاضي: لا ينقض، رواية واحدة. وهو المشهور عن الصحابة، – رضي الله عنهم –. قال ابن عباس في الدم: إذا كان فاحشا فعليه الإعادة. وابن أبي أوفى بزق دما ثم قام فصلى. وابن عمر عصر بثرة فخرج دم، وصلى، ولم يتوضأ. قال أبو عبد الله: عدة من الصحابة تكلموا فيه وأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه، وابن عمر عصر بثرة وابن أبي أوفى عصر دملا وابن عباس قال: إذا كان فاحشا. وجابر أدخل أصابعه في أنفه، وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة في أنفه، وأخرجها متلطخة بالدم. يعني: وهو في الصلاة. وقال أبو حنيفة: إذا سال الدم ففيه الوضوء، وإن وقف على رأس الجرح، لم يجب؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «من قاء أو رعف في صلاته فليتوضأ.» ولنا ما روينا عن الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا. وقد روى الدارقطني، بإسناده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –". (١)

٣٥٩. ١٩–"[فصل الجشاء لا وضوء فيه]

(٢٦٤) فصل: فأما الجشاء فلا وضوء فيه. لا نعلم فيه خلافا قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن الرجل يخرج من فيه الريح مثل الجشاء الكثير؟ قال. لا وضوء عليه. وكذلك النخاعة لا وضوء فيها، سواء كانت من الرأس أو الصدر؛ لأنها طاهرة، أشبهت البصاق.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣٦

[مسألة أكل لحم الإبل ينقض الوضوء]

(٢٦٥) مسألة: قال: وأكل لحم الجزور وجملة ذلك أن أكل لحم الإبل ينقض الوضوء على كل حال نيئا ومطبوخا، عالما كان أو جاهلا. وبهذا قال جابر بن سمرة ومحمد بن إسحاق وإسحاق وأبو خيثمة ويحيى بن يحيى وابن المنذر، وهو أحد قولي الشافعي. قال الخطابي: ذهب إلى هذا عامة أصحاب الحديث.

وقال الثوري ومالك والشافعي، وأصحابالرأي: لا ينقض الوضوء بحال؛ لأنه روي عن ابن عباس، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الوضوء مما يخرج لا مما يدخل» وروي عن جابر، قال: «كان آخر الأمرين من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ترك الوضوء مما مست النار» رواه أبو داود. ولأنه مأكول أشبه سائر المأكولات. وقد روي عن أبي عبد الله أنه قال: في الذي يأكل من لحوم الإبل: إن كان لا يعلم ليس عليه وضوء، وإن كان الرجل قد علم وسمع، فهذا عليه واجب؛ لأنه قد علم، فليس هو كمن لا يعلم ولا يدري. قال الخلال: وعلى هذا استقر قول أبي عبد الله في هذا الباب.

ولنا: ما روى البراء بن عازب قال: «سئل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن لحوم الإبل، فقال: توضئوا منها وسئل عن لحوم الغنم، فقال: لا يتوضأ منها» رواه مسلم وأبو داود، وروى جابر بن سمرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثله أخرجه مسلم، وروى الإمام أحمد بإسناده، عن أسيد بن حضير، وقال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «توضئوا من لحوم الإبل، ولا تتوضئوا من لحوم الغنم.»

وروى ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثل ذلك، قال أحمد، وإسحاق وابن راهويه: فيه حديثان صحيحان عن النبي – صلى الله عليه وسلم –؛ حديث البراء وحديث جابر بن سمرة. وحديثهم عن ابن عباس لا أصل له، وإنما هو من قول ابن عباس، موقوف عليه، ولو صح لوجب تقديم حديثنا عليه؛ لكونه أصح منه وأخص والخاص يقدم على العام، وحديث جابر لا يعارض حديثنا أيضا؛ لصحته وخصوصه. فإن قيل: فحديث جابر متأخر، فيكون ناسخا. قلنا: لا يصح النسخ به لوجوه أربعة؛ أحدها، أن الأمر بالوضوء من لحوم الإبل متأخر عن نسخ

الوضوء مما مست النار، أو مقارن له؛". (١)

٣٦٠. ٢٠-"[فصل أجنب الكافر ثم أسلم]

(٢٩٢) فصل: فإن أجنب الكافر ثم أسلم، لم يلزمه غسل الجنابة، سواء اغتسل في كفره أو لم يغتسل. وهذا قول من أوجب غسل الإسلام، وقول أبي حنيفة. وقال الشافعي عليه الغسل في الحالين. وهذا اختيار أبي بكر؛ لأن عدم التكليف لا يمنع وجوب الغسل، كالصبا والجنون، واغتساله في كفره لا يرفع حدثه؛ لأنه أحد الحدثين، فلم يرتفع في حال كفره كالحدث الأصغر.

وحكي عن أبي حنيفة. وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي أنه يرفع حدثه؛ لأنه **أصح** نية من الصبي. وليس بصحيح؛ لأن الطهارة عبادة محضة، فلم تصح من كافر، كالصلاة. ولنا - على أنه لا يجب - أنه لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر أحدا بغسل الجنابة مع كثرة من أسلم من الرجال والنساء البالغين المتزوجين؛ ولأن المظنة أقيمت مقام حقيقة الحدث، فسقط حكم الحدث كالسفر مع المشقة.

[فصل استحباب الاغتسال بماء وسدر]

(٢٩٣) فصل: ويستحب أن يغتسل المسلم بماء وسدر، كما في حديث قيس. ويستحب إزالة شعره؛ لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر رجلا أسلم، فقال: احلق. وقال لآخر معه: ألق عنك شعر الكفر واختتن» رواه أبو داود. وأقل أحوال الأمر الاستحباب.

[مسألة الطهر من الحيض والنفاس]

(٢٩٤) مسألة: قال: (والطهر من الحيض والنفاس) قال ابن عقيل: هذا تجوز؛ فإن الموجب للغسل في التحقيق هو الحيض والنفاس؛ لأنه هو الحدث، وانقطاعه شرط وجوب الغسل وصحته، فسماه موجبا لذلك، وهذا كقولهم: انقطاع دم الاستحاضة". (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣٨

(٢) المغني لابن قدامة ١/١٥٣

٣٦١.   ٢١-"الفساق، تخاف المرأة على نفسها منهم، فهي عادمته. وقد توقف أحمد عن هذه المسألة، وقال ابن أبي موسى: تتيمم، ولا إعادة عليها في أصح الوجهين. والصحيح أنها تتيمم، ولا إعادة عليها، وجها واحدا، بل لا يحل لها المضي إلى الماء؛ لما فيه من التعرض للزنا، وهتك نفسها وعرضها، وتنكيس رءوس أهلها، وربما أفضى إلى قتلها، وقد أبيح لها التيمم حفظا للقليل من مالها، المباح لها بذله، وحفظا لنفسها من مرض أو تباطؤ برء، فهاهنا أولى. ومن كان في موضع عند رحله، فخاف إن ذهب إلى الماء ذهب شيء من رحله، أو شردت دابته، أو سرقت، أو خاف على أهله لصا، أو سبعا، خوفا شديدا، فهو كالعادم.

ومن كان خوفه جبنا، لا عن سبب يخاف من مثله، لم تجزه الصلاة بالتيمم. نص عليه أحمد، في رجل يخاف بالليل، وليس شيء يخاف منه، قال: لا بد من أن يتوضأ. ويحتمل أن تباح له بالتيمم، ويعيد إذا كان ممن يشتد خوفه؛ لأنه بمنزلة الخائف لسبب. ومن كان خوفه لسبب ظنه، فتبين عدم السبب، مثل من رأى سوادا بالليل ظنه عدوا، فتبين له أنه ليس بعدو، أو رأى كلبا فظنه أسدا أو نمرا، فتيمم وصلى، ثم بان خلافه، فهل يلزمه الإعادة؟ على وجهين: أحدهما؛ لا يلزمه الإعادة؛ لأنه أتى بما أمر به، فخرج عن عهدته. والثاني يلزمه الإعادة؛ لأنه تيمم من غير سبب يبيح التيمم، فأشبه من نسي الماء في رحله، وتيمم.

[فصل كان مريضا لا يقدر على الحركة ولا يجد من يناوله الماء]

(٣٣٩) فصل: ومن كان مريضا لا يقدر على الحركة، ولا يجد من يناوله الماء، فهو كالعادم. قاله ابن أبي موسى. وهو قول الحسن؛ لأنه لا سبيل له إلى الماء فأشبه من وجد بئرا ليس له ما يستقي به منها. وإن كان له من يناوله الماء قبل خروج الوقت، فهو كالواجد؛ لأنه بمنزلة من يجد ما يستقي به في الوقت. وإن خاف خروج الوقت قبل مجيئه، فقال ابن أبي موسى: له التيمم، ولا إعادة عليه. وهو قول الحسن؛ لأنه عادم في الوقت، فأشبه العادم مطلقا، ويحتمل أن ينتظر مجيء من يناوله؛ لأنه حاضر ينتظر حصول الماء قريبا، فأشبه المشتغل باستقاء الماء وتحصيله.

[فصل وجد بئرا وقدر على التوصل إلى مائها]

(٣٤٠) فصل: إذا وجد بئرا، وقدر على التوصل إلى مائها بالنزول من غير ضرر، أو الاغتراف بدلو أو ثوب يبله ثم يعصره. لزمه ذلك، وإن خاف فوت الوقت؛ لأن الاشتغال به كالاشتغال بالوضوء.

وحكم من في السفينة في الماء كحكم واجد البئر، وإن لم يمكنه الوصول إلى مائها إلا بمشقة، أو تغرير بالنفس، فهو كالعادم. وهذا قول الثوري، والشافعي، ومن تبعهم. ومن كان الماء قريبا منه، يمكنه تحصيله، إلا أنه يخاف فوت الوقت، لزمه السعي إليه والاشتغال بتحصيله، وإن فات الوقت؛ لأنه واجد للماء، فلا يباح له التيمم؛ لقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦]". (١)

٣٦٢. ٢٢-"في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل، فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيممت، ثم صليت **بأصحابي** الصبح، فذكروا ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا عمرو، أصليت **بأصحابك**، وأنت جنب؟ فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال، وقلت: إني سمعت الله عز وجل يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء: ٢٩] . فضحك رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ولم يقل شيئا» . وسكوت النبي - صلى الله عليه وسلم - يدل على الجواز؛ لأنه لا يقر على الخطأ؛ ولأنه خائف على نفسه، فأبيح له التيمم كالجريح والمريض، وكما لو خاف على نفسه عطشا أو لصا أو سبعا في طلب الماء.

وإذا تيمم وصلى، فهل يلزمه الإعادة؟ على روايتين: إحداهما، لا يلزمه. وهو قول الثوري، ومالك، وأبي حنيفة، وابن المنذر؛ لحديث عمرو، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يأمره بالإعادة، ولو وجبت لأمره بها؛ ولأنه خائف على نفسه، أشبه المريض؛ ولأنه أتى بما أمر به، فأشبه سائر من يصلي بالتيمم. والثانية يلزمه الإعادة.

وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنه عذر نادر غير متصل، فلم يمنع الإعادة كنسيان الطهارة. والأول **أصح**.

ويفارق نسيان الطهارة؛ لأنه لم يأت بما أمر به، وإنما ظن أنه أتى به، بخلاف مسألتنا. وقال أبو الخطاب: لا إعادة عليه إن كان مسافرا، وإن كان حاضرا فعلى روايتين؛ وذلك لأن الحضر مظنة القدرة على تسخين الماء، ودخول الحمامات، بخلاف السفر، وقال الشافعي: يعيد إن كان حاضرا، وإن كان مسافرا فعلى قولين.

[مسألة قال إذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها وصلى به فوائت]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٦

(٣٧٥) مسألة: قال: (وإذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها، وصلى به فوائت إن كانت عليه، والتطوع إلى أن يدخل وقت صلاة أخرى) المذهب أن التيمم يبطل بخروج الوقت ودخوله، ولعل الخرقي إنما علق بطلانه، بدخول وقت صلاة أخرى تجوزا منه، إذا كان خروج وقت الصلاة ملازما لدخول وقت الأخرى، إلا في موضع واحد، وهو وقت الفجر، فإنه يخرج منفكا عن دخول وقت الظهر، ويبطل التيمم بكل واحد منهما فلا يجوز أن يصلي به صلاتين في وقتين، روي ذلك عن علي، وابن عمر، وابن عباس، - رضي الله عنهم -، والشعبي، والنخعي، وقتادة، ويحيى الأنصاري، وربيعة، ومالك، والشافعي، والليث، وإسحاق. وروى الميموني، عن أحمد في المتيمم، قال: إنه ليعجبني أن يتيمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء، أو يحدث؛ لحديث النبي - صلى الله عليه وسلم - في الجنب.

يعني قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: يا أبا ذر، «الصعيد الطيب طهور المسلم، وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه بشرتك» . وهو مذهب سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، والثوري، وأصحابالرأي. وروي عن ابن عباس، وأبي جعفر؛ لأنها طهارة تبيح الصلاة، فلم تتقدر بالوقت كطهارة الماء.". (١)

٣٦٣. ٢٣-"وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، والشافعي: يجزئه؛ لأن طهارتهما واحدة، فسقطت إحداهما بفعل الأخرى كالبول والغائط. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» ، وهذا لم ينو الجنابة، فلم يجزه عنها؛ ولأنهما سببان مختلفان، فلم تجز نية أحدهما عن الآخر، كالحج والعمرة؛ ولأنهما طهارتان، فلم تتأد إحداهما بنية الأخرى، كطهارة الماء عند الشافعي، وفارق ما قاسوا عليه؛ فإن حكمهما واحد، وهو الحدث الأصغر، ولهذا تجزئ نية أحدهما عن نية الآخر في طهارة الماء.

[فصل التيمم للجنابة لا يجزئ عن الحدث الأصغر]

(٣٨١) فصل: وإن تيمم للجنابة، لم يجزه عن الحدث الأصغر؛ لما ذكرنا والخلاف فيها كالتي قبلها، فعلى هذا يحتاج إلى تعيين ما تيمم له من الحدث الأصغر والجنابة والحيض والنجاسة؛ فإن نوى الجميع

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/١

بتيمم واحد أجزأه؛ لأن فعله واحد، فأشبه طهارة الماء، وإن نوى بعضها أجزأه عن المنوي دون ما سواه، وإن كان التيمم عن جرح في عضو من أعضائه، نوى التيمم عن غسل ذلك العضو.

[فصل التيمم للجنابة دون الحدث]

(٣٨٢) فصل: وإذا تيمم للجنابة دون الحدث، أبيح له ما يباح للمحدث من قراءة القرآن، واللبث في المسجد، ولم تبح له الصلاة، والطواف، ومس المصحف. وإن أحدث لم يؤثر ذلك في تيممه؛ لأنه نائب عن الغسل، فلم يؤثر الحدث فيه، كالغسل. وإن تيمم للجنابة والحدث، ثم أحدث، بطل تيممه للحدث، وبقي تيمم الجنابة بحاله، ولو تيممت المرأة بعد طهرها من حيضها لحدث الحيض، ثم أجنبت، لم يحرم وطؤها؛ لأن حكم تيمم الحيض باق، ولا يبطل بالوطء؛ لأن الوطء إنما يوجب حدث الجنابة. قال ابن عقيل: وإن قلنا كل صلاة تحتاج إلى تيمم، احتاج كل وطء إلى تيمم يخصه، والأول أصح.

[مسألة وجد المتيمم الماء وهو في الصلاة]

(٣٨٣) مسألة: قال: (وإذا وجد المتيمم الماء، وهو في الصلاة، خرج فتوضأ، أو اغتسل إن كان جنبا، واستقبل الصلاة) المشهور في المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه، سواء كان في الصلاة أو خارجا منها؛ فإن كان في الصلاة بطلت، لبطلان طهارته، ويلزمه استعمال الماء، فيتوضأ إن كان محدثا، ويغتسل إن كان جنبا. وبهذا قال الثوري، وأبو حنيفة. وقال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: إن كان في الصلاة، مضى فيها. وقد روي ذلك عن أحمد، إلا أنه روي عنه ما يدل على رجوعه عنه.

قال المروذي: قال أحمد: كنت أقول يمضي. ثم تدبرت، فإذا أكثر الأحاديث على أنه يخرج. وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية. واحتجوا بأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل، فلم يلزمه". (١)

٣٦٤. ٢٤-"وإن نسيت نوبته حيضناها اليقين وهو ثلاثة أيام، ثم تغتسل، وتصلي بقية الشهر. وإن أيقنت أنه غير الأول، وشكت؛ هل هو الثاني أو الثالث؟ جلست أربعة؛ لأنها اليقين، ثم تجلس من

(١) المغني لابن قدامة ١٩٧/١

الشهرين الآخرين ثلاثة ثلاثة، ثم تجلس في الرابع أربعة ثم تعود إلى الثلاثة كذلك أبدا، ويجزئها غسل واحد عند انقضاء المدة التي جلستها، كالناسية إذا جلست أقل الحيض؛ لأن ما زاد على اليقين مشكوك فيه فلا نوجب عليها الغسل بالشك، ويحتمل وجوب الغسل عليها أيضا عند مضي أكثر عادتها؛ لأن يقين الحيض ثابت، وحصول الطهارة بالغسل مشكوك فيه فلا تزول عن اليقين بالشك؛ ولأن هذه متيقنة وجوب الغسل عليها في أحد الأيام الثلاثة في اليوم الخامس، وقد اشتبه عليها، وصحة صلاتها تقف على الغسل، فيجب عليها لتخرج على العهدة بيقين، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها.

وهذا الوجه أصح لما ذكرنا، وتفارق الناسية، فإنها لا تعلم لها حيضا زائدا على ما جلسته، وهذه تتيقن لها حيضا زائدا على ما جلسته تقف صحة صلاتها على غسلها منه، فوجب ذلك، فعلى هذا يلزمها غسل ثان، عقيب اليوم الخامس في كل شهر، وإن جلست في رمضان ثلاثة أيام، قضت خمسة أيام؛ لأن الصوم كان في ذمتها، ولا نعلم أن اليومين اللذين صامتهما أسقطا الفرض من ذمتها، فيبقى على الأصل، ويحتمل أن يلزمها في كل شهر ثلاثة أغسال: غسل عقب اليوم الثالث، وغسل عقب الرابع، وغسل عقب الخامس؛ لأن عليها عقيب الرابع غسلا في أحد الأشهر، وكل شهر يحتمل أن يكون هو الشهر الذي يجب الغسل فيه بعد الرابع، فيلزمها ذلك كما قلنا في الخامس.

وإن كان الاختلاف على غير ترتيب، مثل أن تحيض من شهر ثلاثة، ومن الثاني خمسة، ومن الثالث أربعة، وأشباه ذلك، فإن كان هذا يمكن ضبطه ويعتادها على وجه لا يختلف، فالحكم فيه كالذي قبله. وإن كان غير مضبوط، جلست الأقل من كل شهر، وهي الثلاثة إن لم يكن لها أقل منها، واغتسلت عقيبه.

وذكر ابن عقيل في هذا الفصل، أن قياس المذهب أن فيه رواية ثانية، وهي إجلاسها أكثر عادتها في كل شهر، كالناسية للعدد، تجلس أكثر الحيض. وهذا لا يصح، إذ فيه أمرها بترك الصلاة، وإسقاطها عنها مع يقين وجوبها عليها، فإننا متى أمرناها بترك الصلاة خمسة أيام في كل شهر، ونحن نعلم وجوبها عليها، في يومين منها في شهر، وفي يوم في شهر آخر فقد أمرناها بترك الصلاة الواجبة يقينا، فلا يحل ذلك، ولا تسقط الصلاة الواجبة بالاشتباه، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، وفارق الناسية،

فإننا لا نعلم عليها صلاة واجبة يقينا، والأصل بقاء الحيض، وسقوط الصلاة، فتبقى عليه.". (١)

٣٦٥. ٢٥-"فالناسية لهما، هي التي ذكر الخرقي حكمها، وأنها تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة، يكون ذلك حيضها، ثم تغتسل، وهي فيما بعد ذلك مستحاضة، تصوم وتصلي وتطوف. وعن أحمد أنها تجلس أقل الحيض، ثم إن كانت تعرف شهرها، وهو مخالف للشهر المعروف، جلست ذلك من شهرها، وإن لم تعرف شهرها، جلست من الشهر المعروف؛ لأنه الغالب.

وقال الشافعي في الناسية لهما: لا حيض لها بيقين، وجميع زمنها مشكوك فيه، تغتسل لكل صلاة، وتصلي وتصوم، ولا يأتيها زوجها. وله قول آخر، أنها تجلس اليقين. وقال بعض أصحابه: الأول أصح؛ لأن هذه لها أيام معروفة، ولا يمكن ردها إلى غيرها، فجميع زمانها مشكوك فيه، وقد روت عائشة «أن أم حبيبة استحيضت سبع سنين، فسألت النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمرها أن تغتسل، لكل صلاة» متفق عليه.

ولنا ما روت حمنة بنت جحش، قالت: كنت أستحاض حيضة كبيرة شديدة، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - أستفتيه، فوجدته في بيت أختي زينب بنت جحش. فقلت: يا رسول الله، إني أستحاض حيضة كبيرة شديدة. فما تأمرني فيها؟ قد منعتني الصيام والصلاة، قال: «أنعت لك الكرسف، فإنه يذهب الدم. قلت: هو أكثر من ذلك. إنما أثج ثجا فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - سآمرك أمرين، أيهما صنعت أجزأ عنك، فإن قويت عليهما فأنت أعلم، فقال إنما هي ركضة من الشيطان فتحيضي ستة أيام، أو سبعة أيام، في علم الله، ثم اغتسلي فإذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأت فصلي أربعا وعشرين ليلة، أو ثلاثا وعشرين ليلة وأيامها، وصومي، فإن ذلك يجزئك وكذلك فافعلي، كما تحيض النساء، وكما يطهرن لميقات حيضهن وطهرهن، فإن قويت أن تؤخري الظهر وتعجلي العصر ثم تغتسلين حتى تطهرين وتصلين الظهر والعصر جميعا، ثم تؤخرين المغرب وتعجلين العشاء، ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين، وتغتسلين للصبح، فافعلي، وصومي إن قويت على ذلك.". (٢)

(١) المغني لابن قدامة ٢٣١/١

(٢) المغني لابن قدامة ٢٣٤/١

٣٦٦. ٢٦-"فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو أعجب الأمرين إلي» رواه أبو داود، والترمذي، وقال هذا حديث حسن صحيح. قال: وسألت محمدا عنه، فقال: هو حديث حسن. وحكي ذلك عن أحمد أيضا.

وهو بظاهره يثبت الحكم في حق الناسية؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يستفصلها، هل هي مبتدأة أو ناسية؟ ولو افترق الحال لاستفصل وسأل. واحتمال أن تكون ناسية أكثر، فإن حمنة امرأة كبيرة، كذلك قال أحمد. ولم يسألها النبي - صلى الله عليه وسلم - عن تمييزها؛ لأنه قد جرى من كلامها، من تكثير الدم وصفته ما أغنى عن السؤال عنه، ولم يسألها هل لها عادة فيردها إليها؟ لاستغنائه عن ذلك، لعلمه إياه، إذ كان مشتهرا، وقد أمر به أختها أم حبيبة فلم يبق إلا أن تكون ناسية؛ ولأن لها حيضا لا تعلم قدره، فيرد إلى غالب عادات النساء، كالمبتدأة؛ ولأنها لا عادة لها ولا تمييز، فأشبهت المبتدأة.

وقولهم: لها أيام معروفة. قلنا: قد زالت المعرفة، فصار وجودها كالعدم. وأما أمره أم حبيبة بالغسل لكل صلاة، فإنما هو ندب، كأمره لحمنة في هذا الخبر، فإن أم حبيبة كانت معتادة ردها إلى عادتها، وهي لها أم سلمة، على أن حديث أم حبيبة إنما روي عن الزهري، وأنكره الليث بن سعد، فقال: لم يذكر ابن شهاب أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر أم حبيبة أن تغتسل لكل صلاة، ولكنه شيء فعلته هي.

(٤٦٤) فصل: قوله: " ستا أو سبعا " الظاهر أنه ردها إلى اجتهادها ورأيها، فيما يغلب على ظنها أنه أقرب إلى عادتها أو عادة نسائها، أو ما يكون أشبه بكونه حيضا. ذكره القاضي في بعض المواضع، وذكر في موضع آخر أنه خيرها بين ست وسبع، لا على طريق الاجتهاد، كما خير واطئ الحائض بين التكفير بدينار أو نصف دينار، بدليل أن حرف " أو " للتخيير. والأول إن شاء الله أصح؛ لأنا لو جعلناها مخيرة أفضى إلى تخييرها في اليوم السابع بين أن تكون الصلاة عليها واجبة وبين كونها محرمة، وليس لها في ذلك خيرة بحال.

أما التكفير ففعل اختياري، يمكن التخيير فيه بين إخراج دينار أو نصف دينار، والواجب نصف دينار في الحالين؛ لأن الواجب لا يتخير بين فعله وتركه. وقولهم: إن " أو " للتخيير. قلنا: وقد يكون للاجتهاد، كقول الله تعالى ﴿فإما منا بعد وإما فداء﴾ [محمد: ٤] . و " إما " " كأو " في وضعها،

وليس للإمام في الأسرى إلا فعل ما يؤديه إليه اجتهاده أنه الأصلح.". (١)

٣٦٧. ٢٧-"[فصل لا تخلو الناسية من أن تكون جاهلة بشهرها أو عالمة به]

(٤٦٥) فصل: ولا تخلو الناسية من أن تكون جاهلة بشهرها، أو عالمة به، فإن كانت جاهلة بشهرها، رددناها إلى الشهر الهلالي، فحيضناها في كل شهر حيضة؛ لحديث حمنة؛ ولأنه الغالب، فترد إليه، كردها إلى الست والسبع. وإن كانت عالمة بشهرها، حيضناها في كل شهر من شهورها حيضة؛ لأن ذلك عادتها، فترد إليها، كما ترد المعتادة إلى عادتها في عدد الأيام، إلا أنها متى كان شهرها أقل من عشرين يوما، لم نحيضها منه أكثر من الفاضل عن ثلاثة عشر يوما، أو خمسة عشر يوما؛ لأنها لو حاضت أكثر من ذلك، لنقص طهرها عن أقل الطهر، ولا سبيل إليه.

وهل تجلس أيام حيضها من أول كل شهر، أو بالتحري والاجتهاد؟ فيه وجهان: أحدهما، تجلسه من أول كل شهر إذا كان يحتمل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لحمنة «تحيضي ستة أيام، أو سبعة أيام، في علم الله، ثم اغتسلي وصلي أربعا وعشرين ليلة، أو ثلاثة وعشرين ليلة وأيامها» . فقدم حيضها على الطهر، ثم أمرها بالصلاة والصوم في بقيته؛ ولأن المبتدأة تجلس من أول الشهر، مع أنه لا عادة لها، فكذلك الناسية؛ ولأن دم الحيض دم جبلة، والاستحاضة عارضة، فإذا رأت الدم، وجب تغليب دم الحيض.

والوجه الثاني، أنها تجلس أيامها من الشهر بالتحري والاجتهاد. وهذا قول أبي بكر، وابن أبي موسى؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ردها إلى اجتهادها في القدر بقوله: " ستا أو سبعا ". فكذلك في الزمان؛ ولأن للتحري مدخلا في الحيض، بدليل أن المميزة ترجع إلى صفة الدم. فكذلك في زمنه، فإن تساوى عندها الزمان كله، ولم يغلب على ظنها شيء، تعين إجلاسها من أول الشهر؛ لعدم الدليل فيما سواه.

القسم الثاني، الناسية لعددها دون وقتها، كالتي تعلم أن حيضها في العشر الأول من الشهر، ولا تعلم عدده، فهي في قدر ما تجلسه كالمتحيرة، تجلس ستا أو سبعا، في أصح الروايتين، إلا أنها تجلسها من العشر دون غيرها، وهل تجلسها من أول العشر، أو بالتحري؟ على وجهين. وإن قالت: أعلم أنني

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٣٥

كنت أول الشهر حائضا، ولا أعلم آخره. أو إنني كنت آخر الشهر حائضا ولا أعلم أوله. أو لا أعلم هل كان ذلك أول حيضي أو آخره؟ حيضناها اليوم الذي علمته، وأتمت بقية حيضها مما بعده في الصورة الأولى، ومما قبله في الثانية، وبالتحري في الثالثة، أو مما يلي أول الشهر، على اختلاف الوجهين.

القسم الثالث، الناسية لوقتها دون عددها، وهذه تتنوع نوعين: أحدهما، أن لا تعلم لها وقتا أصلا، مثل أن تعلم أن حيضها خمسة أيام، فإنها تجلس خمسة من كل شهر؛ إما من أوله، أو بالتحري، على اختلاف الوجهين. والثاني، أن تعلم لها وقتا، مثل أن تعلم أنها كانت تحيض أياما معلومة من العشر الأول من كل". (١)

٣٦٨. ٢٨-"وقال القاضي: لا تجلس منه إلا ما تكرر. فعلى هذا إذا رأت في كل شهر خمسة أحمر ثم خمسة أسود، ثم أحمر واتصل، جلست زمان الأسود، فكان حيضها، والباقي استحاضة. وهل تجلس زمان الأسود في الشهر الثاني أو الثالث أو الرابع؟ يخرج ذلك على الروايات الثلاث. ولو رأت عشرة أحمر، ثم خمسة أسود، ثم أحمر واتصل، فالحكم فيها كالتي قبلها، فإن اتصل الأسود، وعبر أكثر الحيض، فليس لها تمييز، ونحيضها من الأسود؛ لأنه أشبه بدم الحيض. ولو رأت أقل من يوم دما أسود، فلا تمييز لها؛ لأن الأسود لا يصلح أن يكون حيضا، لقلته عن أقل الحيض.

وإن رأت في الشهر الأول أحمر كله، وفي الثاني والثالث والرابع خمسة أسود، ثم أحمر واتصل، وفي الخامس كله أحمر، فإنها تجلس في الأشهر الثلاثة اليقين، وفي الرابع أيام الدم الأسود، وفي الخامس تجلس خمسة أيضا؛ لأنها قد صارت معتادة. وقال القاضي: لا تجلس من الرابع إلا اليقين، إلا أن نقول بثبوت العادة بمرتين.

وهذا فيه نظر؛ فإن أكثر ما يقدر فيها أنها لا عادة لها ولا تمييز، ولو كانت كذلك، لجلست ستا أو سبعا، في أصح الروايات، فكذا هاهنا ومن لم يعتبر التكرار في التمييز فهذه مميزة، ومن قال إن المميزة تجلس بالتمييز في الشهر الثاني، قال إنها تجلس الدم الأسود في الشهر الثالث؛ لأنها لا تعلم أنها مميزة قبله، ولو رأت في شهر خمسة أسود، ثم صار أحمر واتصل، وفي الثاني كذلك، وفي الثالث كله أحمر، والرابع رأت خمسة أحمر، ثم صار أسود واتصل، جلست اليقين من الأشهر الثلاثة، والرابع لا تمييز لها

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٦/١

فيه، فتصير فيه إلى ستة أيام أو سبعة، في أشهر الروايات، إلا أن نقول العادة تثبت بمرتين، فتجلس من الثالث والرابع خمسة خمسة.

وقال القاضي: لا تجلس في الأشهر الأربعة إلا اليقين، وهذا بعيد؛ لما ذكرناه. ولو كانت رأت في الرابع خمسة أسود، والباقي كله أحمر، صار عادة بذلك.

[مسألة الصفرة والكدرة في أيام الحيض]

(٤٧٥) مسألة: قال: (والصفرة والكدرة في أيام الحيض من الحيض) يعني إذا رأت في أيام عادتها صفرة أو كدرة، فهو حيض، وإن رأته بعد أيام حيضها، لم يعتد به. نص عليه أحمد. وبه قال يحيى الأنصاري، وربيعة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وعبد الرحمن بن مهدي، والشافعي، وإسحاق. وقال أبو يوسف، وأبو ثور: لا يكون حيضا، إلا أن يتقدمه دم أسود؛ لأن أم عطية، وكانت بايعت النبي - صلى الله عليه وسلم - قالت: كنا لا نعتد بالصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا. رواه أبو داود، وقال: بعد الطهر.

ولنا، قوله تعالى: ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى﴾ [البقرة: ٢٢٢] ، وهذا يتناول الصفرة والكدرة، وروى الأثرم، بإسناده، عن عائشة - رضي الله عنها - أنها كانت تبعث إليها النساء". (١)

٣٦٩. ٢٩-"ولم يذكر كفارة؛ ولأنه وطء نهي عنه لأجل الأذى، فأشبه الوطء في الدبر.

وللشافعي قولان كالروايتين. وحديث الكفارة مداره على عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب، وقد قيل لأحمد: في نفسك منه شيء؟ قال: نعم لأنه من حديث فلان. أظنه قال: عبد الحميد وقال: لو صح ذلك الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - كنا نرى عليه الكفارة. وقال في موضع: ليس به بأس، وقد روى الناس عنه. فاختلاف الرواية في الكفارة مبني على اختلاف قول أحمد في الحديث.

وقد روي عن أحمد أنه قال: إن كانت له مقدرة تصدق بما جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وقال أبو عبد الله بن حامد؛ كفارة وطء الحائض تسقط بالعجز عنها، أو عن بعضها، ككفارة الوطء في رمضان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/١

[فصل في قدر كفارة وطء الحائض]

(٤٧٩) فصل: وفي قدر الكفارة روايتان: إحداهما، أنها دينار، أو نصف دينار، على سبيل التخيير، أيهما أخرج أجزأه، روي ذلك عن ابن عباس، والثانية، أن الدم إن كان أحمر فهي دينار، وإن كان أصفر، فنصف دينار.

وهو قول إسحاق، وقال النخعي: إن كان في فور الدم فدينار، وإن كان في آخره فنصف دينار؛ لما روى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إن كان دما أحمر فدينار، وإن كان دما أصفر فنصف دينار» . رواه الترمذي والأول **أصح**. قال أبو داود الرواية الصحيحة: " يتصدق بدينار أو بنصف دينار ". ولأنه حكم تعلق بالحيض، فلم يفرق بين أوله وآخره، كسائر أحكامه. فإن قيل: فكيف تخير بين شيء ونصفه؟ قلنا: كما يخير المسافر بين قصر الصلاة وإتمامها، فأيهما فعل كان واجبا، كذا هاهنا.

[فصل وطئ بعد طهرها وقبل غسلها]

(٤٨٠) فصل: وإن وطئ بعد طهرها، وقبل غسلها فلا كفارة عليه. وقال قتادة، والأوزاعي: عليه نصف دينار. ولو وطئ في حال جريان الدم، لزمه دينار؛ لأنه حكم تعلق بالوطء في الحيض، فثبت قبل الغسل، كالتحريم. ولنا أن وجوب الكفارة بالشرع، وإنما ورد بها الخبر في الحائض، وغيرها لا يساويها؛ لأن الأذى المانع من وطئها قد زال بانقطاع الدم، وما ذكروه يبطل بما لو حلف لا يطأ حائضا، فإن الكفارة تجب بالوطء في الحيض، ولا تجب في غيره.

[فصل هل تجب الكفارة على الجاهل والناسي]

(٤٨١) فصل: وهل تجب الكفارة على الجاهل والناسي؟ على وجهين:". (١)

٣٧٠. ٣٠-"[باب المواقيت]

أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيت معلومة محدودة، وقد ورد في ذلك أحاديث صحاح جياد نذكر أكثرها في مواضعها، إن شاء الله تعالى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٤/١

(٥١٤) مسألة: قال أبو القاسم – رحمه الله –: (وإذا زالت الشمس وجبت صلاة الظهر) بدأ الخرقي بذكر صلاة الظهر؛ لأن جبريل بدأ بها حين أم النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عباس، وجابر وبدأ بها – صلى الله عليه وسلم – حين علم الصحابة مواقيت الصلاة، في حديث بريدة وغيره، وبدأ بها الصحابة حين سئلوا عن الأوقات في حديث أبي برزة وجابر وغيرهما تسمى الأولى والهجير والظهر. وقال أبو برزة: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي الهجيرة التي يدعونها الأولى حين تدحض الشمس.» متفق عليه، يعني حين تزول الشمس. وأجمع أهل العلم على أن أول وقت الظهر: إذا زالت الشمس.

قاله ابن المنذر، وابن عبد البر وقد تظاهرت الأخبار بذلك، فمنها ما روى ابن عباس عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال «أمني جبريل عند البيت مرتين، فصلى بي الظهر في الأولى منهما، حين كان الفيء مثل الشراك، ثم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثله، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس، وأفطر الصائم، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم، وصلى في المرة الثانية الظهر حين صار ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس، ثم صلى العصر حين صار ظل كل شيء مثليه، ثم صلى المغرب لوقت الأولى، ثم صلى العشاء الأخيرة حين ذهب ثلث الليل، ثم صلى الصبح حين أسفرت الأرض، ثم التفت إلي جبريل وقال: يا محمد، هذا وقت الأنبياء من قبلك، والوقت فيما بين هذين» رواه أبو داود، وابن ماجه والترمذي، وقال: هذا حديث حسن. وروى جابر نحوه، ولم يذكر فيه «لوقت العصر بالأمس» ، وقال البخاري: **أصح** حديث في المواقيت حديث جابر.

وروى بريدة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أن رجلا سأله عن وقت الصلاة، فقال: صل معنا هذين اليومين فلما زالت الشمس أمر بلالا فأذن، ثم أمره فأقام الظهر، ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية لم يخالطها صفرة، ثم أمره فأقام المغرب حين غابت الشمس، ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق، ثم أمره فأقام الفجر حين طلع الفجر، فلما كان اليوم الثاني أمره فأبرد في الظهر، فأنعم أن يبرد بها، وصلى العصر والشمس بيضاء مرتفعة، آخرها فوق الذي كان، وصلى المغرب حين غاب الشفق، وصلى العشاء حين غاب ثلث الليل، وصلى الفجر فأسفر بها، ثم قال: أين السائل عن وقت الصلاة؟ فقال الرجل: أنا يا رسول الله. فقال: وقت صلاتكم بين ما رأيتم» رواه مسلم

وغيره.". (١)

٣٧١. ٣١-"عمرو «وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر» رواه مسلم وأبو داود وفي حديث رواه أبو هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن للصلاة أولا وآخرا، وإن أول وقت الظهر حين تزول الشمس، وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر» أخرجه الترمذي

[مسألة آخر وقت العصر]

(٥٢٠) مسألة: قال: وإذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الاختيار. اختلفت الرواية عن أحمد - رضي الله عنه - في آخر وقت الاختيار؛ فروي: حين يصير ظل كل شيء مثليه. وهو قول مالك، والثوري، والشافعي لقوله في حديث ابن عباس، وجابر: «الوقت ما بين هذين.» وروي عن أحمد، - رحمه الله -، أن آخره ما لم تصفر الشمس. وهي أصح عنه حكاه عنه جماعة، منهم الأثرم، قال: سمعته يسأل عن آخر وقت العصر؟ فقال: هو تغير الشمس. قيل: ولا تقول بالمثل والمثلين؟ قال: لا، هذا عندي أكثر، وهذا قول أبي ثور، وأبي يوسف، ومحمد، ونحوه عن الأوزاعي لحديث عبد الله بن عمرو أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «وقت العصر ما لم تصفر الشمس» رواه مسلم.

وفي حديث أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «وإن آخر وقتها حين تصفر الشمس» وفي حديث بريدة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى العصر في اليوم الثاني والشمس بيضاء نقية لم تخالطها صفرة» . قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن من صلى العصر والشمس بيضاء نقية، فقد صلاها في وقتها.

وفي هذا دليل على أن مراعاة المثلين عندهم استحباب، ولعلهما متقاربان يوجد أحدهما قريبا من الآخر.

(٥٢١) فصل: ولا يجوز تأخير العصر عن وقت الاختيار لغير عذر؛ لما تقدم من الأخبار، وروى مسلم وأبو داود بإسنادهما، عن أنس بن مالك، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «تلك صلاة المنافقين، تلك صلاة المنافقين، تلك صلاة المنافقين، يجلس أحدهم، حتى إذا اصفرت الشمس، فكانت بين قرني شيطان، أو على قرني شيطان، قام، فنقر أربعا، لا يذكر الله فيها

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٦٩

إلا قليلا» ولو أبيح تأخيرها لما ذمه عليه، وجعله علامة النفاق.

[مسألة أدرك منها ركعة قبل أن تغرب الشمس]

(٥٢٢) مسألة: قال: (ومن أدرك منها ركعة قبل أن تغرب الشمس، فقد أدركها مع الضرورة) وجملة ذلك أن من أخر الصلاة ثم أدرك منها ركعة قبل غروب الشمس، فهو مدرك لها، ومؤد لها في وقتها، سواء أخرها لعذر أو لغير عذر، إلا أنه إنما يباح تأخيرها لعذر وضرورة، كحائض تطهر، أو كافر يسلم، أو صبي يبلغ، أو مجنون يفيق، أو نائم يستيقظ، أو مريض يبرأ، وهذا معنى قوله: " مع الضرورة ". فأما إدراكها بإدراك ركعة منها، فيستوي فيه المعذور وغيره، وكذلك". (١)

٣٧٢. ٣٢-"أحد منهم بقضاء، ولأن في إيجاب القضاء عليه تنفيرا عن الإسلام، فعفي عنه. وقد اختلف أهل العلم في خطابه بفروع الإسلام في حال كفره، مع إجماعهم على أنه لا يلزمه قضاؤها بعد إسلامه، وحكي عن أحمد في هذا روايتان. وأما المرتد، فذكر أبو إسحاق بن شاقلا عن أحمد، في وجوب القضاء عليه، روايتين: إحداهما: لا يلزمه.

وهو ظاهر كلام الخرقي في هذه المسألة، فعلى هذا لا يلزمه قضاء ما ترك في حال كفره، ولا في حال إسلامه قبل ردته. ولو كان قد حج لزمه استئنافه؛ لأن عمله قد حبط بكفره، بدليل قول الله تعالى: ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾ [الزمر: ٦٥] . فصار كالكافر الأصلي في جميع أحكامه. والثانية: يلزمه قضاء ما ترك من العبادات في حال ردته، وإسلامه قبل ردته، ولا يجب عليه إعادة الحج؛ لأن العمل إنما يحبط بالإشراك مع الموت، لقوله تعالى: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾ [البقرة: ٢١٧] . فشرط الأمرين لحبوط العمل، وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المرتد أقر بوجوب العبادات عليه، واعتقد ذلك وقدر على التسبب إلى أدائها، فلزمه ذلك، كالمحدث. ولو حاضت المرأة المرتدة لم يلزمها قضاء الصلاة في زمن حيضها؛ لأن الصلاة غير واجبة عليها في تلك الحال.

وذكر القاضي رواية ثالثة، أنه لا قضاء عليه لما ترك في حال ردته؛ لأنه تركه في حال لم يكن مخاطبا بها لكفره، وعليه قضاء ما ترك في إسلامه قبل الردة؛ ولأنه كان واجبا عليه، ومخاطبا به قبل الردة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٣/١

فبقي الوجوب عليه بحاله. قال: وهذا المذهب. وهو قول أبي عبد الله بن حامد، وعلى هذا لا يلزمه استئناف الحج إن كان قد حج؛ لأن ذمته برئت منه بفعله قبل الردة، فلا يشتغل به بعد ذلك، كالصلاة التي صلاها في إسلامه؛ ولأن الردة لو أسقطت حجه وأبطلته، لأبطلت سائر عباداته المفعولة قبل ردته.

(٥٤٨) فصل: فأما الصبي العاقل فلا تجب عليه في أصح الروايتين. وعنه أنها تجب على من بلغ عشرا وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

فعلى قولنا إنها لا تجب عليه، متى صلى في الوقت، ثم بلغ فيه بعد فراغه منها، وفي أثنائها، فعليه إعادتها. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يجزئه، ولا يلزمه إعادتها في الموضعين؛ لأنه أدى وظيفة الوقت، فلم يلزمه إعادتها، كالبالغ. ولنا، أنه صلى قبل وجوبها عليه، وقبل سبب وجوبها، فلم تجزه عما وجد سبب وجوبها عليه، كما لو صلى قبل الوقت،". (١)

٣٧٣. ٣٣-"من أحكام التكليف، وتثبت الولاية عليه، ولا يجوز على الأنبياء - عليهم السلام -، والإغماء بخلافه، وما لا يؤثر في إسقاط الخمس لا يؤثر في إسقاط الزائد عليها، كالنوم.

[فصل شرب دواء فزال عقله به]

(٥٥١) فصل: ومن شرب دواء فزال عقله به نظرت؛ فإن كان زوالا لا يدوم كثيرا، فهو كالإغماء، وإن كان يتطاول، فهو كالجنون. وأما السكر، ومن شرب محرما يزيل عقله وقتا دون وقت، فلا يؤثر في إسقاط التكليف وعليه قضاء ما فاته في حال زوال عقله. لا نعلم فيه خلافا؛ ولأنه إذا وجب عليه القضاء بالنوم المباح، فبالسكر المحرم أولى.

[فصل ما فيه السموم من الأدوية]

(٥٥٢) فصل: وما فيه السموم من الأدوية؛ إن كان الغالب من شربه واستعماله الهلاك به، أو الجنون، لم يبح شربه، وإن كان الغالب منه السلامة ويرتجى منه المنفعة، فالأولى إباحة شربه، لدفع ما هو أخطر منه، كغيره من الأدوية، ويحتمل أن لا يباح؛ لأنه يعرض نفسه للهلاك، فلم يبح، كما لو لم يرد به

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٨٩

التداوي. والأول أصح؛ لأن كثيرا من الأدوية يخاف منه، وقد أبيح لدفع ما هو أضر منه، فإذا قلنا يحرم شربه، فهو كالمحرمات من الخمر ونحوه، وإن قلنا يباح، فهو كسائر الأدوية المباحة. والله أعلم.". (١)

٣٧٤. ٣٤-"والدراوردي، فخالفاه، وقالا: مؤذن لعمر. وهذا أصح. وقال علي بن المديني: أخطأ فيه، يعني حمادا، وقال الترمذي: هو غير محفوظ. وحديثهم الآخر، قال ابن عبد البر: لا يقوم به ولا بمثله حجة؛ لضعفه وانقطاعه.

وإنما اختص الفجر بذلك؛ لأنه وقت النوم، لينتبه الناس، ويتأهبوا للخروج إلى الصلاة، وليس ذلك في غيرها، وقد روينا في حديث، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن بلالا يؤذن بليل؛ لينتبه نائمكم، ويرجع قائمكم» . رواه أبو داود.

ولا ينبغي أن يتقدم ذلك على الوقت كثيرا، إذا كان المعنى فيه ما ذكرناه، فيفوت المقصود منه. وقد روي «أن بلالا كان بين أذانه وأذان ابن أم مكتوم أن ينزل هذا ويصعد هذا» . ويستحب أيضا أن لا يؤذن قبل الفجر، إلا أن يكون معه مؤذن آخر يؤذن إذا أصبح. كفعل بلال وابن أم مكتوم؛ اقتداء برسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولأنه إذا لم يكن كذلك لم يحصل الإعلام بالوقت المقصود بالأذان، فإذا كانا مؤذنين حصل الإعلام بالوقت بالثاني، وبقربه بالمؤذن الأول.

[فصل لا يؤذن في الوقت تارة وقبله أخرى]

فصل: وينبغي لمن يؤذن قبل الوقت أن يجعل أذانه في وقت واحد في الليالي كلها؛ ليعلم الناس ذلك من عادته، فيعرفوا الوقت بأذانه، ولا يؤذن في الوقت تارة وقبله أخرى، فيلتبس على الناس ويغتروا بأذانه، فربما صلى بعض من سمعه الصبح بناء على أذانه قبل وقتها، وربما، امتنع المتسحر من سحوره، والمتنفل من صلاته، بناء على أذانه ومن علم لا يستفيد بأذانه فائدة؛ لتردده بين الاحتمالين. ولا يقدم الأذان كثيرا تارة ويؤخره أخرى، فلا يعلم الوقت بأذانه، فتقل فائدته.

[فصل الأذان للفجر بعد نصف الليل]

(٥٦٦) فصل: قال بعض أصحابنا : ويجوز الأذان للفجر بعد نصف الليل. وهذا مذهب الشافعي؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩١

لأن بذلك يخرج وقت العشاء المختار، ويدخل وقت الدفع من مزدلفة؛ ووقت رمي الجمرة، وطواف الزيارة، وقد روى الأثرم، عن جابر، قال: كان مؤذن مسجد دمشق يؤذن لصلاة الصبح في السحر بقدر ما يسير الراكب ستة أميال، فلا ينكر ذلك مكحول، ولا يقول فيه شيئا.

[فصل الأذان قبل الفجر في شهر رمضان]

(٥٦٧) فصل: ويكره الأذان قبل الفجر في شهر رمضان. نص عليه أحمد، في رواية الجماعة، لئلا يغتر الناس به فيتركوا سحورهم. ويحتمل أن لا يكره في حق من عرف عادته بالأذان في الليل؛ لأن بلالا كان يفعل ذلك، بدليل قوله – عليه السلام –: «إن بلالا يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن". (١)

٣٧٥. ٣٥-"[مسألة يجعل أصابعه مضمومة على أذنيه في الأذان]

(٥٨٣) مسألة: قال: (ويجعل أصابعه مضمومة على أذنيه) المشهور عن أحمد، أنه يجعل إصبعيه في أذنيه، وعليه العمل عند أهل العلم، يستحبون أن يجعل المؤذن إصبعيه في أذنيه، قال الترمذي؛ لما روى أبو جحيفة، «أن بلالا أذن ووضع إصبعيه في أذنيه» متفق عليه. وعن سعد، مؤذن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أمر بلالا أن يجعل إصبعيه في أذنيه، وقال: إنه أرفع لصوتك» . وروى أبو طالب، عن أحمد أنه قال: أحب إلي أن يجعل يديه على أذنيه، على حديث أبي محذورة. وضم أصابعه الأربع ووضعها على أذنيه، وحكى أبو حفص، عن ابن بطة، قال: سألت أبا القاسم الخرقي عن صفة ذلك؟ فأرانيه بيديه جميعا، فضم أصابعه على راحتيه، ووضعهما على أذنيه.

واحتج لذلك القاضي بما روى أبو حفص بإسناده عن ابن عمر، أنه كان إذا بعث مؤذنا يقول له: اضمم أصابعك مع كفيك، واجعلها مضمومة على أذنيك. وبما روى الإمام أحمد، عن أبي محذورة، أنه كان يضم أصابعه. والأول أصح؛ لصحة الحديث وشهرته وعمل أهل العلم به، وأيهما فعل فحسن، وإن ترك الكل فلا بأس.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩٨

[فصل رفع الصوت بالأذان]

(٥٨٤) فصل: ويستحب رفع الصوت بالأذان؛ ليكون أبلغ في إعلامه، وأعظم لثوابه، كما ذكر في خبر أبي سعيد، ولا يجهد نفسه في رفع صوته زيادة على طاقته؛ لئلا يضر بنفسه، وينقطع صوته: فإن أذن لعامة الناس جهر بجميع الأذان، ولا يجهر ببعض، ويخافت ببعض؛ لئلا يفوت مقصود الأذان، وهو الإعلام. وإن أذن لنفسه، أو لجماعة خاصة حاضرين، جاز أن يخافت ويجهر، وأن يخافت ببعض ويجهر ببعض، إلا أن يكون في وقت الأذان. فلا يجهر بشيء منه؛ لئلا يغر الناس بأذانه.

[فصل ينبغي أن يؤذن قائما]

(٥٨٥) فصل: وينبغي أن يؤذن قائما، قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، أن السنة أن يؤذن قائما. وفي حديث أبي قتادة الذي رويناه، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لبلال قم فأذن» . وكان مؤذنو رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يؤذنون قياما. وإن كان له عذر فلا بأس أن يؤذن قاعدا قال الحسن العبدي: رأيت أبا زيد صاحب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكانت رجله أصيبت في سبيل الله، يؤذن قاعدا رواه الأثرم.

فإن أذن قاعدا لغير عذر فقد كرهه أهل العلم، ويصح؛ فإنه ليس بآكد من الخطبة، وتصح من القاعد. قال الأثرم: وسمعت أبا عبد الله يسأل عن الأذان على الراحلة؟ فسهل". (١)

٣٧٦. ٣٦-"ويستدل بها عليه، وعلى ما تدل عليه، كالنسرين والشعريين، والنظم المقارن للهقعة، والسماك الرامح، والفكة، وغيرها، وكلها تطلع من المشرق وتغرب في المغرب، وسهيل نجم كبير مضيء يطلع من نحو مهب الجنوب، ثم يسير حتى يصير في قبلة المصلي، ثم يتجاوزها، ثم يغرب قريبا من مهب الدبور، والناقة أنجم على صورة الناقة، تطلع في المجرة من مهب الصبا، ثم تغيب في مهب الشمال.

(٦١٧) فصل: والشمس تطلع من المشرق، وتغرب في المغرب، وتختلف مطالعها ومغاربها، على حسب اختلاف منازلها، وتكون في الشتاء في حال توسطها في قبلة المصلي، وفي الصيف محاذية لقبلته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٧/١

(٦١٨) فصل: والقمر يبدو أول ليلة من الشهر هلالا في المغرب، عن يمين المصلي، ثم يتأخر كل ليلة نحو المشرق منزلا، حتى يكون ليلة السابع وقت المغرب في قبلة المصلي، أو مائلا عنها قليلا، ثم يطلع ليلة الرابع عشر من المشرق قبل غروب الشمس، بدرا تاما، وليلة إحدى وعشرين يكون في قبلة المصلي، أو قريبا منها، وقت الفجر، وليلة ثمان وعشرين يبدو عند الفجر كالهلال من المشرق، وتختلف مطالعه باختلاف منازله.

(٦١٩) فصل: والرياح كثيرة يستدل منها بأربع، تهب من زوايا السماء؛ الجنوب تهب من الزاوية التي بين القبلة والمشرق، مستقبلة بطن كتف المصلي الأيسر، مما يلي وجهه إلى يمينه، والشمال مقابلتها، تهب من الزاوية التي بين المغرب والشمال؛ مارة إلى مهب الجنوب.

والدبور تهب من الزاوية التي بين المغرب واليمن، مستقبلة شطر وجه المصلي الأيمن، مارة إلى الزاوية المقابلة لها. والصبا مقابلتها، تهب من ظهر المصلي. وربما هبت الرياح بين الحيطان والجبال فتدور، فلا اعتبار بها.

وبين كل ريحين ريح تسمى النكباء، لتنكبها طريق الرياح المعروفة، وتعرف الرياح بصفاتها وخصائصها، فهذا أصح ما يستدل به على القبلة.

وذكر أصحابنا الاستدلال بالمياه، وقالوا: الأنهار الكبار كلها تجري عن يمنة المصلي إلى يسرته، على انحراف قليل، وذلك مثل دجلة والفرات والنهروان، ولا اعتبار بالأنهار المحدثة؛ لأنها تحدث بحسب الحاجات إلى الجهات المختلفة، ولا بالسواقي والأنهار الصغار؛ لأنها لا ضابط لها، ولا بنهرين يجريان من يسرة المصلي إلى يمينه، أحدهما العاصي بالشام، والثاني سيحون بالمشرق.

وهذا الذي ذكروه لا ينضبط بضابط؛ فإن كثيرا من أنهار الشام تجري على غير السمت الذي ذكروه، فالأردن يجري نحو القبلة، وكثير منها يجري نحو البحر، حيث كان منها حتى يصب فيه. وإن اختصت الدلالة بها". (١)

٣٧٧. ٣٧-"وهو الطبل، لم يجز؛ لأن المعنى يتغير به. وإن قال: الله أكبر وأعظم وأجل. ونحوه، لم يستحب. نص عليه، وانعقدت الصلاة بالتكبيرة الأولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٢١

[فصل التكبير بغير العربية]

فصل: ولا يجزئه التكبير بغير العربية مع قدرته عليها. وبهذا قال الشافعي. وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: يجزئه؛ لقول الله تعالى: ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾ [الأعلى: ١٥] . وهذا قد ذكر اسم ربه. ولنا، ما تقدم من النصوص، وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يعدل عنها، وهذا يخص ما ذكروا. فإن لم يحسن العربية، لزمه تعلم التكبير بها، فإن خشي فوات الوقت كبر بلغته. ذكره القاضي في " المجرد ". وهو مذهب الشافعي.

وقال القاضي في " الجامع ": لا يكبر بغير العربية، ويكون حكمه حكم الأخرس، كمن عجز عن القراءة بالعربية لا يعبر عنها بغيرها. والأول أصح؛ لأن التكبير ذكر الله، وذكر الله تعالى يحصل بكل لسان، وأما القرآن فإنه عربي، فإذا عبر عنه بغير العربية لم يكن قرآنا، والذكر لا يخرج بذلك عن كونه ذكرا.

[فصل فإن كان أخرس أو عاجزا عن التكبير بكل لسان]

(٦٤٥) فصل: فإن كان أخرس أو عاجزا عن التكبير بكل لسان، سقط عنه، وقال القاضي: عليه تحريك لسانه؛ لأن الصحيح يلزمه النطق بتحريك لسانه، فإذا عجز عن أحدهما لزمه الآخر. ولا يصح هذا؛ لأنه قول عجز عنه، فلم يلزمه تحريك لسانه في موضعه كالقراءة، وإنما لزمه تحريك لسانه بالتكبير مع القدرة عليه ضرورة يوقف التكبير عليها، فإذا سقط التكبير سقط ما هو من ضرورته، كمن سقط عنه القيام، سقط عنه النهوض إليه، وإن قدر عليه. ولأن تحريك اللسان من غير نطق عبث لم يرد الشرع به، فلا يجوز في الصلاة، كالعبث بسائر جوارحه.

[فصل يأتي بالتكبير قائما]

(٦٤٦) فصل: وعليه أن يأتي بالتكبير قائما. فإن انحنى إلى الركوع بحيث يصير راكعا قبل إنهاء التكبير، لم تنعقد صلاته، إلا أن تكون نافلة؛ لسقوط القيام فيها. ويحتمل أن لا تنعقد أيضا؛ لأن صفة الركوع غير صفة القعود، ولم يأت التكبير قائما ولا قاعدا. ولو كان ممن تصح صلاته قاعدا، كان عليه الإتيان بالتكبير قبل وجود الركوع منه. وقال القاضي: إن كبر في الفريضة، في حال انحنائه إلى الركوع، انعقدت نفلا؛ لأنها امتنع وقوعها فرضا، وأمكن جعلها نفلا، فأشبه من أحرم بفريضة، فبان أنه لم يدخل وقتها.

[فصل لا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير]

(٦٤٧) فصل: ولا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير. وقال أبو حنيفة: يكبر معه، كما يركع معه.". (١)

٣٧٨. ٣٨-"سمعته يحدث به، فيقول: لا يعود. فظننت أنهم لقنوه. وقال الحميدي، وغيره: يزيد بن أبي زياد ساء حفظه في آخر عمره، وخلط. ثم لو صحا كان الترجيح لأحاديثنا أولى لخمسة أوجه: أحدها: أنها أصح إسنادا، وأعدل رواة، فالحق إلى قولهم أقرب. الثاني: أنها أكثر رواة، فظن الصدق في قولهم أقوى، والغلط منهم أبعد. الثالث: أنهم مثبتون، والمثبت يخبر عن شيء شاهده ورواه. فقوله يجب تقديمه لزيادة علمه. والنافي لم ير شيئا، فلا يؤخذ بقوله، ولذلك قدمنا قول الجارح على المعدل. الرابع: أنهم فصلوا في روايتهم، ونصوا على الرفع في الحالتين المختلف فيهما،، والمخالف لهم عمم بروايته المختلف فيه وغيره، فيجب تقديم أحاديثنا لنصها وخصوصها، على أحاديثهم العامة، التي لا نص فيها كما يقدم الخاص على العام، والنص على الظاهر المحتمل. الخامس: أن أحاديثنا عمل بها السلف من الصحابة والتابعين، فيدل ذلك على قوتها. وقولهم: إن ابن مسعود إمام. قلنا: لا ننكر فضله، لكن بحيث يقدم على أميري المؤمنين عمر وعلي وسائر من معهم، كلا، ولا يساوي واحدا منهم، فكيف يرجح على جميعهم؟ مع أن ابن مسعود قد ترك قوله في الصلاة في أشياء، منها أنه كان يطبق في الركوع، يضع يديه بين ركبتيه، فلم يؤخذ بفعله، وأخذ برواية غيره في وضع اليدين على الركبتين، وتركت قراءته وأخذ بقراءة زيد بن ثابت، وكان لا يرى التيمم للجنب، فترك ذلك برواية من هو أقل من رواة أحاديثنا وأدنى منهم فضلا، فهاهنا أولى.

[مسألة يستحب للراكع أن يضع يديه على ركبتيه]

(٦٩١) مسألة: قال: (ثم يضع يديه على ركبتيه، ويفرج أصابعه، ويمد ظهره، ولا يرفع رأسه، ولا يخفضه) وجملته أنه يستحب للراكع أن يضع يديه على ركبتيه ثبت ذلك عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وفعله عمر، وعلي، وسعد، وابن عمر، وجماعة من التابعين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٥/١

وبه يقول الثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحابالرأي. وذهب قوم من السلف إلى التطبيق، وهو أن يجعل المصلي إحدى كفيه على الأخرى، ثم يجعلهما بين ركبتيه إذا ركع. وهذا كان في أول الإسلام، ثم نسخ. قال مصعب بن سعد: «ركعت، فجعلت يدي بين ركبتي. فنهاني أبي، وقال: إنا كنا نفعل هذا فنهينا عنه، وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب.» متفق عليه

وذكر أبو حميد، في صفة صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رأيته إذا ركع أمكن يديه من ركبتيه، ثم هصر ظهره. يعني عصره حتى يعتدل، ولا يبقى محدودبا، وفي لفظ:". (١)

٣٧٩. ٣٩-"صحاح. والصحيح الأول؛ لأن ابن عمر قال: ولا يفعل ذلك في السجود. في حديثه الصحيح؛ ولما وصف أبو حميد صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يذكر رفع اليدين في السجود، والأحاديث العامة مفسرة بالأحاديث المفصلة، التي رويناها، فلا يبقى فيها اختلاف.

[مسألة أول ما يقع منه على الأرض عند السجود ركبتاه]

(٧١٧) مسألة: قال: (ويكون أول ما يقع منه على الأرض ركبتاه، ثم يداه، ثم جبهته وأنفه) هذا المستحب في مشهور المذهب، وقد روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه - وبه قال مسلم بن يسار، والنخعي، وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى أنه يضع يديه قبل ركبتيه. وإليه ذهب مالك؛ لما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا سجد أحدكم فليضع يديه قبل ركبتيه ولا يبرك بروك البعير» . رواه النسائي.

ولنا، ما روى وائل بن حجر، قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه، وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه» . أخرجه أبو داود، والنسائي، والترمذي. قال الخطابي: هذا أصح من حديث أبي هريرة. وروي عن أبي سعيد، قال: «كنا نضع اليدين قبل الركبتين، فأمرنا بوضع الركبتين قبل اليدين.» وهذا يدل على نسخ ما تقدمه، وقد روى الأثرم حديث أبي هريرة: «إذا سجد أحدكم فليبدأ بركبتيه قبل يديه، ولا يبرك بروك الفحل» .

(٧١٨) فصل: والسجود على جميع هذه الأعضاء واجب، إلا الأنف، فإن فيه خلافا سنذكره إن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥٩

شاء الله، وبهذا قال طاوس، والشافعي في أحد قوليه وإسحاق.

وقال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي في القول الآخر: لا يجب، السجود على غير الجبهة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (سجد وجهي. وهذا يدل على أن السجود على الوجه، ولأن الساجد على الوجه يسمى ساجدا، ووضع غيره على الأرض لا يسمى به ساجدا، فالأمر بالسجود ينصرف إلى ما يسمى به ساجدا دون غيره، ولأنه لو وجب السجود على هذه الأعضاء لوجب كشفها كالجبهة. وذكر الآمدي هذا رواية عن أحمد. وقال القاضي في " الجامع ": وهو ظاهر كلام أحمد؛ فإنه قد نص في المريض يرفع شيئا يسجد عليه، أنه يجزئه، ومعلوم أنه قد أخل بالسجود على يديه.

ولنا ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت بالسجود على سبعة أعظم؛ اليدين، والركبتين، والقدمين، والجبهة» . متفق عليه. وروي عن ابن عمر رفعه: «إن اليدين يسجدان كما يسجد الوجه، فإذا وضع أحدكم وجهه فليضع يديه، وإذا رفعه فليرفعهما» . رواه الإمام أحمد، وأبو داود، والنسائي.

وسجود الوجه لا ينفي سجود ما عداه، وسقوط الكشف لا يمنع وجوب السجود، فإنا نقول كذلك في الجبهة على رواية، وعلى الرواية الأخرى فإن الجبهة هي الأصل،". (١)

٣٨٠. ٤٠-"ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. وهو التشهد الذي علمه النبي - صلى الله عليه وسلم - لعبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -») هذا التشهد هو المختار عند إمامنا، رحمه الله، وعليه أكثر أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ومن بعدهم من التابعين. قاله الترمذي، وبه يقول الثوري، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحابالرأي، وكثير من أهل المشرق. وقال مالك: أفضل التشهد تشهد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: " التحيات لله، الزاكيات لله، الصلوات لله "، وسائره كتشهد ابن مسعود؛ لأن عمر قاله على المنبر بمحضر من الصحابة وغيرهم، فلم ينكروه، فكان إجماعا. وقال الشافعي: أفضل التشهد: ما روى ابن عباس قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن، فيقول: قولوا: التحيات المباركات، الصلوات الطيبات لله، سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٠/١

وأشهد أن محمدا رسول الله» . أخرجه مسلم، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، إلا أن في رواية مسلم " وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ".

ولنا، ما روى عبد الله بن مسعود قال: «علمني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - التشهد - كفي بين كفيه - كما يعلمني السورة من القرآن: التحيات لله، والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله» . وفي لفظ: «إذا قعد أحدكم في الصلاة فليقل: التحيات لله. وفيه: فإنكم إذا فعلتم ذلك فقد سلمتم على كل عبد لله صالح في السماء وفي الأرض. وفيه: فليتخير من المسألة ما شاء» . متفق عليه.

قال الترمذي: حديث ابن مسعود قد روي من غير وجه، وهو **أصح** حديث روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في التشهد، وقد رواه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - معه ابن عمر، وجابر، وأبو موسى، وعائشة. وعليه أكثر أهل العلم، فتعين الأخذ به وتقديمه. فأما حديث عمر فلم يروه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما هو من قوله، وأكثر أهل العلم على خلافه، فكيف يكون إجماعا؟ على أنه ليس الخلاف في إجزائه في الصلاة، إنما الخلاف في الأولى والأحسن، والأحسن تشهد النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي علمه أصحابه وأخذوا به. وأما حديث ابن عباس فانفرد به، واختلف عنه في بعض ألفاظه، ففي رواية مسلم أنه قال: " وأشهد أن محمدا عبده ورسوله " كرواية ابن مسعود.

ثم رواية ابن مسعود **أصح** إسنادا، وأكثر رواة، وقد اتفق على روايته جماعة من الصحابة فيكون أولى، ثم هو متضمن للزيادة، وفيه العطف بواو العطف، وهو أشهر في كلام العرب، وفيه السلام بالألف واللام، وهما للاستغراق. وقال عبد الرحمن بن الأسود، عن أبيه، قال: حدثنا عبد الله بن مسعود «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -". (١)

٣٨١. ٤١-"علمه التشهد في الصلاة، قال: وكنا نتحفظه عن عبد الله كما نتحفظ حروف القرآن» الواو والألف. وهذا يدل على ضبطه، فكان أولى.

(٧٤٦) فصل: وبأي تشهد تشهد مما صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - جاز. نص عليه أحمد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٤/١

فقال: تشهد عبد الله أعجب إلي، وإن تشهد بغيره فهو جائز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما علمه الصحابة مختلفا دل على جواز الجميع، كالقراءات المختلفة التي اشتمل عليها المصحف. قال القاضي: وهذا يدل على أنه إذا أسقط لفظة هي ساقطة في بعض التشهدات المروية صح تشهده، فعلى هذا يجوز أن يقال: أقل ما يجزئ التحيات لله، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، أو أن محمدا رسول الله.

وقد قال أحمد في رواية أبي داود: إذا قال: " وأن محمدا عبده ورسوله ". ولم يذكر " وأشهد " أرجو أن يجزئه. قال ابن حامد: رأيت بعض أصحابنا يقول: لو ترك واوا أو حرفا أعاد الصلاة؛ لقول الأسود: فكنا نتحفظه عن عبد الله كما نتحفظ حروف القرآن.

والأول أصح؛ لما ذكرنا، وقول الأسود يدل على أن الأولى والأحسن الإتيان بلفظه وحروفه، وهو الذي ذكرنا أنه المختار، وعلى أن عبد الله كان يرخص في إبدال لفظات من القرآن، فالتشهد أولى، فقد روي عنه أن إنسانا كان يقرأ عليه ﴿إن شجرت الزقوم﴾ [الدخان: ٤٣] ﴿طعام الأثيم﴾ [الدخان: ٤٤] . فيقول: طعام اليتيم. فقال له عبد الله: قل طعام الفاجر. فأما ما اجتمعت عليه التشهدات كلها فيتعين الإتيان به، وهذا مذهب الشافعي.

(٧٤٧) فصل: ولا تستحب الزيادة على هذا التشهد، ولا تطويله، وبهذا قال النخعي، والثوري، وإسحاق. وعن الشعبي أنه لم ير بأسا أن يصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - فيه. وكذلك قال الشافعي؛ وعن عمر، أنه كان إذا تشهد قال: بسم الله خير الأسماء. وعن ابن عمر، أنه كان يسمي في أوله، وقال زدت فيه: وحده لا شريك له. وأباح الدعاء فيه بما بدا له.

وقال أيوب، ويحيى بن سعيد، وهشام بقول عمر في التسمية، وقد روى جابر قال، «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن: بسم الله، التحيات لله. وذكر التشهد كتشهد ابن مسعود أسأل الله الجنة وأعوذ بالله من النار» ، رواه النسائي وابن ماجه. وقال مالك: ذلك واسع. وسمع ابن عباس رجلا يقول: " بسم الله ". فانتهره.

وبه قال مالك، وأهل المدينة وابن المنذر، والشافعي. وهو الصحيح؛ لما روى ابن مسعود «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يجلس في الركعتين الأوليين، كأنه على الرضف حتى يقوم» . رواه أبو داود. والرضف: هي الحجارة المحماة. يعني لما يخففه. وهذا يدل على أنه لم يطوله، ولم يزد على التشهد

شيئا.". (١)

٣٨٢.	٤٢-"بن عجرة، وهو أصح حديث روي فيها. وعلى أي صفة أتى بالصلاة عليه مما ورد في الأخبار، جاز، كقولنا في التشهد، وظاهره أنه إذا أخل بلفظ ساقط في بعض الأخبار، جاز، لأنه لو كان واجبا لما أغفله النبي - صلى الله عليه وسلم -. قال القاضي أبو يعلى: ظاهر كلام أحمد أن الصلاة واجبة على النبي - صلى الله عليه وسلم - حسب؛ لقوله في خبر أبي زرعة: الصلاة على النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر، من تركها أعاد الصلاة، ولم يذكر الصلاة على آله.

وهذا مذهب الشافعي. ولهم في وجوب الصلاة على آله وجهان. وقال بعض أصحابنا : تجب الصلاة على الوجه الذي في خبر كعب؛ لأنه أمر به، والأمر يقتضي الوجوب. والأول أولى، والنبي - صلى الله عليه وسلم - إنما أمرهم بهذا حين سألوه تعليمهم، ولم يبتدئهم به.

(٧٥٧) فصل: آل النبي - صلى الله عليه وسلم -: أتباعه على دينه، كما قال الله تعالى ﴿أدخلوا آل فرعون﴾ [غافر: ٤٦] . يعني أتباعه من أهل دينه.

وقد جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، أنه سئل: من آل محمد؟ فقال: كل تقي» . أخرجه تمام في " فوائده ". وقيل آله: أهله، الهاء منقلبة عن الهمزة، كما يقال: أرقت الماء وهرقته. فلو قال: وعلى أهل محمد، مكان آل محمد، أجزأه عند القاضي، وقال: معناهما واحد، ولذلك لو صغر، قيل: أهيل: قال. ومعناهما جميعا أهل دينه.

وقال ابن حامد وأبو حفص: لا يجزئ؛ لما فيه من مخالفة لفظ الأثر، وتغيير المعنى، فإن الأهل إنما يعبر به عن القرابة، والآل يعبر به عن الأتباع في الدين.

(٧٥٨) فصل: وأما تفسير التحيات، فروي عن ابن عباس، قال: التحية العظمة، والصلوات الصلوات الخمس، والطيبات الأعمال الصالحة. وقال أبو عمرو: التحيات الملك. وأنشد:

ولكل ما نال الفتى ... قد نلته إلا التحية

وقال بعض أهل اللغة: التحية البقاء. واستشهد بهذا البيت.

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٥/١

وقال ابن الأنباري: التحيات السلام، والصلوات الرحمة، والطيبات من الكلام.". (١)

٣٨٣. ٤٣-"وابن مسعود - رضي الله عنهم -، وبه قال نافع بن عبد الحارث، وعلقمة، وأبو عبد الرحمن السلمي، وعطاء، والشعبي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحابالرأي وقال ابن عمر، وأنس، وسلمة بن الأكوع وعائشة، والحسن، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، والأوزاعي: يسلم تسليمة واحدة.

وقال عمار بن أبي عمار: كان مسجد الأنصار يسلمون فيه تسليمتين، وكان مسجد المهاجرين يسلمون فيه تسليمة. ولما روت عائشة، قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه.» وعن سلمة بن الأكوع قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى فسلم تسليمة واحدة» ، رواهما ابن ماجه. ولأن التسليمة الأولى قد خرج بها من الصلاة، فلم يشرع ما بعدها كالثانية.

ولنا، ما روى ابن مسعود قال: «رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يسلم حتى يرى بياض خده، عن يمينه ويساره.» وعن جابر بن سمرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه، ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله» . رواهما مسلم. وفي لفظ لحديث ابن مسعود: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يسلم عن يمينه: السلام عليكم ورحمة الله، وعن يساره: السلام عليكم ورحمة الله» . قال الترمذي: حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح. وحديث عائشة يرويه زهير بن محمد. وقال البخاري: يروي مناكير، وقال أبو حاتم الرازي: هذا حديث منكر. وسأل الأثرم، أحمد عن هذا الحديث؟ فقال: كان يقول هشام: كان يسلم تسليمة يسمعنا. قيل له: إنهم مختلفون فيه عن هشام، وبعضهم يقول: تسليما. وبعضهم يقول: تسليمة. قال: هذا أجود. فقد بين أحمد أن معنى الحديث يرجع إلى أنه يسمعهم التسليمة الواحدة، ومن روى: تسليما. فلا حجة لهم فيه، فإنه يقع على الواحدة والثنتين. على أن أحاديثنا تتضمن زيادة على أحاديثهم والزيادة من الثقة مقبولة.

ويجوز أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعل الأمرين؛ ليبين الجائز والمسنون، ولأن الصلاة عبادة ذات إحرام وإحلال، فجاز أن يكون لها تحللان كالحج.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٠/١

[فصل الواجب تسليمة واحدة والثانية سنة]

(٧٧١) فصل: والواجب تسليمة واحدة، والثانية سنة. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة، جائزة، وقال القاضي فيه رواية أخرى، أن الثانية واجبة. وقال: هي **أصح**؛ لحديث جابر بن سمرة، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يفعلها ويداوم عليها، ولأنها عبادة لها تحللان، فكانا واجبين، كتحللي الحج، ولأنها إحدى التسليمتين، فكانت واجبة كالأولى. والصحيح ما ذكرناه.

وليس نص أحمد بصريح بوجوب التسليمتين، إنما قال: التسليمتان **أصح** عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وحديث ابن مسعود وغيره أذهب إليه. ويجوز أن يذهب إليه في المشروعية". (١)

٣٨٤. ٤٤–"والاستحباب، دون الإيجاب كما ذهب إلى ذلك غيره، وقد دل عليه قوله في رواية مهنا: أعجب إلي التسليمتان. ولأن عائشة، وسلمة بن الأكوع، وسهل بن سعد. قد رووا: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يسلم تسليمة واحدة» وكان المهاجرون يسلمون تسليمة واحدة ففيما ذكرناه جمع بين الأخبار وأقوال الصحابة – رضي الله عنهم – في أن يكون المشروع والمسنون تسليمتين، والواجب واحدة، وقد دل على صحة هذا الإجماع الذي حكاه ابن المنذر فلا معدل عنه، وفعل النبي – صلى الله عليه وسلم – يحمل على المشروعية والسنة؛ فإن أكثر أفعال النبي – صلى الله عليه وسلم – في الصلاة مسنونة غير واجبة، فلا يمنع حمل فعله لهذه التسليمة على السنة عند قيام الدليل عليها، والله أعلم.

ولأن التسليمة الواحدة يخرج بها من الصلاة، فلم يجب عليه شيء آخر فيها، ولأن هذه صلاة، فتجزئه فيها تسليمة واحدة، ولأن هذه واحدة كصلاة الجنازة والنافلة. وأما قوله في حديث جابر: «إنما يكفي أحدكم» فإنه يعني في إصابة السنة؛ بدليل أنه قال: أن «يضع يده على فخذه، ثم يسلم على أخيه عن يمينه وشماله.» وكل هذا غير واجب. وهذا الخلاف الذي ذكرناه في الصلاة المفروضة، أما صلاة الجنازة، والنافلة، وسجود التلاوة، فلا خوف في أنه يخرج منها بتسليمة واحدة. قال القاضي: هذا – رواية واحدة – نص عليه أحمد في صلاة الجنازة وسجود التلاوة؛ ولأن أصحاب النبي – صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٩٦

عليه وسلم – لم يسلموا في صلاة الجنازة إلا تسليمة واحدة. والله أعلم.

[فصل السنة أن يقول السلام عليكم ورحمة الله في الصلاة]

(٧٧٢) فصل: والسنة أن يقول: السلام عليكم ورحمة الله. لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يسلم كذلك، في رواية ابن مسعود، وجابر بن سمرة، وغيرهما. وقد روى وائل بن حجر، قال: «صليت مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فكان يسلم عن يمينه: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته. وعن شماله: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته.» رواه أبو داود، فإن قال ذلك فحسن، والأول أحسن؛ لأن رواته أكثر، وطرقه **أصح** فإن قال: السلام عليكم. ولم يزد فظاهر كلام أحمد أنه يجزئه. قال القاضي: ونص عليه أحمد في صلاة الجنازة. وهو مذهب الشافعي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: وتحليلها التسليم. والتسليم يحصل بهذا القول.

وقد روي عن سعد، قال: «كنت أرى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يسلم عن يمينه وشماله، حتى أرى بياض". (١)

٣٨٥. ٤٥–"وكان – عليه السلام – يطيل تارة ويقصر أخرى، بحسب الأحوال وروي عنه أنه قال – عليه السلام –: «إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد أن أطيلها فأسمع بكاء الصبي فأخفف؛ مخافة أن أشق على أمه»

[فصل إطالة الركعة الأولى من كل صلاة]

(٧٩٦) فصل:: ويستحب أن يطيل الركعة الأولى من كل صلاة؛ ليلحقه القاصد للصلاة وقال الشافعي: يكون الأوليان متساويين؛ لحديث أبي سعيد: «حزرنا قيام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الركعتين الأوليين من الظهر قدر الثلاثين آية» ولأن الأخريين متساويتان فكذلك الأوليان. ووافقنا أبو حنيفة في الصبح، خاصة، ووافق الشافعي في سائر الصلوات. ولنا، ما روى أبو قتادة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين، يطول في الأولى، ويقصر في الثانية، ويسمع الآية أحيانا، وكان يقرأ في العصر في الركعتين الأوليين

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٧/١

بفاتحة الكتاب وسورتين، يطول في الأولى ويقصر في الثانية، وكان يطول في الركعة الأولى من صلاة الصبح، ويقصر في الثانية» . متفق عليه وروى أبو داود هذا الحديث، وفيه قال: " فظننا أنه يريد بذلك أن يدرك الناس الركعة الأولى.

وعن عبد الله بن أبي أوفى: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقوم في الركعة الأولى من صلاة الظهر حتى لا يسمع وقع قدم» وحديث أبي سعيد قد رواه ابن ماجه: وفي الركعة الأخرى قدر النصف من ذلك. وهذا أولى؛ لأنه يوافق الأحاديث الصحيحة، ثم لو قدرنا التعارض وجب تقديم حديث أبي قتادة؛ لأنه أصح، ويتضمن زيادة، وهي ضبط التفريق بين الركعتين. قال أحمد، - رحمه الله -، في الإمام يطول في الثانية، يعني أكثر من الأولى: يقال له في هذا تعلم. وقال أيضا، في الإمام يقصر في الأولى ويطول في الآخرة: لا ينبغي هذا، يقال له، ويؤمر.

[فصل قراءة السورة في ركعتين في الصلاة]

(٧٩٧) فصل: قال أحمد في رواية أبي طالب، وإسحاق بن إبراهيم: لا بأس بالسورة في ركعتين؛ وذلك لما روى زيد بن ثابت، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قرأ في المغرب بالأعراف في الركعتين كلتيهما» وروى الخلال بإسناده عن عائشة، - رضي الله عنها - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقسم البقرة في الركعتين» ، وبإسناده عن الزهري قال: أخبرني أنس قال: صلى بنا أبو بكر - رضي الله عنه - صلاة الفجر، فافتتح سورة البقرة، فقرأ بها في ركعتين، فلما سلم قام إليه عمر فقال ما كدت تفرغ حتى تطلع الشمس فقال: لو طلعت لألفتنا غير غافلين.

وقد «قرأ النبي - صلى الله عليه وسلم - بسورة المؤمنون، فلما أتى على ذكر عيسى أخذته شرقة فركع»". (١)

٣٨٦. ٤٦-"أنسا روى «أن عبد الرحمن بن عوف، والزبير بن العوام، شكوا القمل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما» وفي رواية: شكيا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - القمل فرخص لهما في قمص الحرير، ورأيته عليهما. متفق عليه. وما ثبت في حق صحابي ثبت في حق غيره، ما لم يقم دليل التخصيص، وغير القمل الذي ينفع فيه لبس الحرير في

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٠/١

معناه. فيقاس عليه.

والرواية الأخرى، لا يباح لبسه للمرض؛ لاحتمال أن تكون الرخصة خاصة لهما، وهو قول مالك والأول أصح؛ إن شاء الله تعالى؛ لأن تخصيص الرخصة بها على خلاف الأصل.

فأما لبسه للحرب، فإن كان به حاجة إليه، كأن كان بطانة لبيضة أو درع ونحوه، أبيح. قال بعض أصحابنا : يجوز مثل ذلك من الذهب؛ كدرع مموه بالذهب، وهو لا يستغني عن لبسه، وهو محتاج إليه. وإن لم يكن به حاجة إليه، فعلى وجهين: أحدهما يباح لأن المنع من لبسه للخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، والخيلاء في وقت الحرب غير مذموم قال النبي - صلى الله عليه وسلم - حين رأى بعض أصحابه يمشي بين الصفين يختال في مشيته: " إنها لمشية يبغضها الله إلا في هذا الموطن ".

والثاني، يحرم؛ لعموم الخبر. وظاهر كلام أحمد، - رحمه الله -، إباحته مطلقا، وهو قول عطاء، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن لبس الحرير في الحرب؟ فقال: أرجو أن لا يكون به بأس. وروى الأثرم بإسناده عن عروة، أنه كان له يلمق من ديباج، بطانته سندس، محشو قزا، كان يلبسه في الحرب.

[فصل المنسوج من الحرير وغيره في الصلاة]

(٨١٧) فصل: فأما المنسوج من الحرير وغيره، كثوب منسوج من قطن وإبريسم، أو قطن وكتان فالحكم للأغلب منهما. لأن الأول مستهلك فيه، فهو كالبيضة من الفضة، والعلم من الحرير. وقد روي عن ابن عباس قال: «إنما نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الثوب المصمت من الحرير، وأما العلم، وسدى الثوب، فليس به بأس.» رواه الأثرم بإسناده، وأبو داود قال ابن عبد البر مذهب ابن عباس وجماعة من". (١)

٣٨٧. ٤٧-"قال: أخبرني أبي عبد الله بن سعيد، عن أبيه سعيد، قال: «رأيت رجلا ببخارى على بغلة بيضاء، عليه عمامة خز سوداء؛ فقال: كسانيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.» رواه أبو داود. وروى مالك، في موطئه، أن عائشة كست عبد الله بن الزبير مطرف خز كانت تلبسه.

[فصل هل يجوز لولي الصبي أن يلبسه الحرير]

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٢/١

(٨٢١) فصل: وهل يجوز لولي الصبي أن يلبسه الحرير؟ فيه وجهان. أشبههما بالصواب تحريمه؛ لعموم قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «حرم لباس الحرير على ذكور أمتي، وأحل لإناثهم» . وروى أبو داود، بإسناده عن جابر، قال: كنا ننزعه عن الغلمان، ونتركه على الجواري. وقدم حذيفة من سفر، وعلى صبيانه قمص من حرير، فمزقها على الصبيان، وتركها على الجواري، أخرجه الأثرم. وروي أيضا عن عبد الرحمن بن يزيد قال: كنت رابع أربعة، أو خامس خمسة، مع عبد الله، فجاء ابن له صغير عليه قمص من حرير، فدعاه، فقال له: من كساك هذا؟ قال: أمي. فأخذه عبد الله فشقه.

والوجه الآخر، ذكره أصحابنا ، أنه يباح؛ لأنهم غير مكلفين، فلا يتعلق التحريم بلبسهم، كما لو ألبسه دابة، ولأنهم محل للزينة فأشبهوا النساء.

والأول أصح؛ لظاهر الحديث، وفعل الصحابة. ويتعلق التحريم بتمكينهم من المحرمات كتمكينهم من شرب الخمر، وأكل الربا، وغيرهما، وكونهم محل الزينة – مع تحريم الاستمتاع بهم – يقتضي التحريم، لا الإباحة، بخلاف النساء. والله أعلم.

[مسألة لم يقدر على ستر العورة في الصلاة]

(٨٢٢) مسألة: قال: ومن لم يقدر على ستر العورة صلى جالسا يومئ إيماء وجملة ذلك، أن العادم للسترة الأولى له أن يصلي قاعدا. وروي ذلك عن ابن عمر وقال به عطاء، وعكرمة، وقتادة، والأوزاعي، وأصحابالرأي. ويومئ بالركوع والسجود. وهذا مذهب أبي حنيفة. وقال مجاهد، ومالك، والشافعي وابن المنذر يصلي قائما، بركوع وسجود؛ لقوله – عليه السلام –: «صل قائما، فإن لم تستطع فجالسا» . رواه البخاري. ولأنه مستطيع للقيام من غير ضرر، فلم يجز تركه له كالقادر على الستر.

ولنا ما روى الخلال، بإسناده عن ابن عمر، في قوم انكسرت بهم مراكبهم، فخرجوا عراة، قال: يصلون جلوسا، يومئون إيماء برءوسهم. ولم ينقل خلافه، ولأن الستر آكد من القيام بدليل أمرين: أحدهما، أنه يسقط مع القدرة بحال، والقيام يسقط في النافلة. والثاني أن القيام يختص الصلاة، والستر يجب فيها وفي غيرها، فإذا لم يكن بد من ترك". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٢٤

٣٨٨. ٤٨-"[فصل لم يجد إلا ما يستر عورته أو منكبيه في الصلاة]

(٨٢٦) فصل: فإن لم يجد إلا ما يستر عورته أو منكبيه، ستر عورته؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا كان الثوب واسعا فالتحف به، وإن كان ضيقا فاتزر به» . وهذا الثوب ضيق. وفي المسند عن ابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أو عن عمر، قال: «لا يشتمل أحدكم اشتمال اليهود، ليتوشح، ومن كان له ثوبان فليأتزر وليرتد، ومن لم يكن له ثوبان فليتزر ثم ليصل» . ولأن الستر للعورة واجب متفق على وجوبه متأكد، وستر المنكبين فيه من الخلاف والتخفيف ما فيه، فلا يجوز تقديمه.

وقد روي عن أحمد، في الرجل يكون عليه الثوب اللطيف، لا يبلغ أن يعقده، يرى أن يتزر به ويصلي؟ قال: لا أرى ذلك مجزئا عنه. وإن كان الثوب لطيفا صلى قاعدا، وعقد من ورائه. وظاهر هذا، أنه قد ستر المنكبين على القيام، وستر ما عدا الفرجين، ولأنه ذهب إلى أن الحديث في ستر المنكبين أصح منه في ستر الفرجين، وأن القيام له بدل، وستر المنكبين لا بدل له. والصحيح ما ذكرناه أولا؛ لما قدمنا من تأكد ستر العورة والقيام، وما روينا من الحديث، وهو صريح في هذه المسألة، وفيه قصة رواها أبو داود، عن جابر، قال: «سرت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعلي بردة ذهبت أخالف بين طرفيها، فلم تبلغ لي، وكانت لها ذباذب، فنكستها، ثم خالفت بين طرفيها، ثم تواقصت عليها حتى لا تسقط، ثم جئت حتى قمت عن يسار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه، فجاء جبار بن صخر، حتى قام عن يساره، فأخذنا بيديه جميعا، حتى أقامنا خلفه. قال: وجعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يرمقني وأنا لا أشعر، ثم فطنت به، فأشار إلي أن اتزر بها، فلما فرغ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: يا جابر. قلت: لبيك يا رسول الله. قال: إذا كان واسعا فخالف بين طرفيه، وإذا كان ضيقا فاشدده على حقوك» .

[فصل لم يجد إلا ما يستر بعض العورة في الصلاة]

(٨٢٧) فصل: فإن لم يجد إلا ما يستر بعض العورة ستر الفرجين؛ لأنهما أفحش، وسترهما آكد، وهما من العورة بغير خلاف. فإن كان لا يكفي إلا أحدهما ستر أيهما شاء. واختلف في أولاهما بالستر، فقيل: الدبر؛ لأنه أفحش، لا سيما في الركوع والسجود. وقيل: القبل لأنه مستقبل به القبلة، وليس له ما يستره، والدبر مستور بالأليتين.

[مسألة صلى جماعة عراة]

(٨٢٨) مسألة: قال: فإن صلى جماعة عراة، كان الإمام معهم في الصف وسطا، يومئون إيماء. ويكون سجودهم أخفض من ركوعهم". (١)

٣٨٩. ٤٩-"فأما بطلان الصلاة بتركها ففيه تفصيل، وذلك أنه لا يخلو؛ إما أن يتركها عمدا أو سهوا. فإن من تركها عمدا بطلت صلاته في الحال، وإن ترك شيئا منها سهوا، ثم ذكره في الصلاة، أتى به، على ما سنبينه فيما بعد، إن شاء الله، وإن لم يذكره حتى فرغ من الصلاة.

فإن طال الفصل. ابتدأ الصلاة، وإن لم يطل بنى عليها، نص أحمد على هذا، في رواية جماعة. وبهذا قال الشافعي ونحوه قال مالك ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة والعرف. واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم: الفصل الطويل قدر ركعة وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعضهم قدر الصلاة التي نسي فيها والذي قلنا **أصح** لأنه لا حد له في الشرع فيرجع إلى العرف فيه ولا يجوز التقدير بالتحكم.

وقال جماعة من أصحابنا : متى ترك ركنا فلم يدركه حتى سلم، بطلت صلاته. قال النخعي، والحسن من نسي سجدة من صلاة، ثم ذكرها في الصلاة، سجدها متى ذكرها، فإذا قضى صلاته، سجد سجدتي السهو. وعن مكحول، ومحمد بن أسلم الطوسي في المصلي ينسى سجدة أو ركعة، يصليها متى ما ذكرها، ويسجد سجدتي السهو. وعن الأوزاعي في رجل نسي سجدة من صلاة الظهر، فذكرها في صلاة العصر، يمضي في صلاته، فإذا فرغ سجدها. ولنا، على أن الصلاة لا تبطل مع قرب الفصل، أنه لو ترك ركعة أو أكثر، فذكر قبل أن يطول الفصل، أتى بما ترك، ولم تبطل صلاته إجماعا. وقد دل عليه حديث ذي اليدين فإذا ترك ركنا واحدا، فأولى أن لا تبطل الصلاة؛ فإنه لا يزيد على ترك ركعة.

والدليل على أن الصلاة تبطل بتطاول الفصل، أنه أخل بالموالاة، فلم تصح صلاته كما لو ذكر في يوم ثان.

(٨٨٤) فصل: ويلزمه أن يأتي بركعة، إلا أن يكون المنسي التشهد والسلام، فإنه يأتي به ويسلم، ثم يسجد للسهو. وقال الشافعي يأتي بالركن وما بعده لا غير. ويأتي الكلام على هذا في باب سجود

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٢٧

السهو. قال أحمد – رحمه الله –. في رواية الأثرم، فيمن نسي سجدة من الركعة الرابعة، ثم سلم وتكلم: إذا كان الكلام الذي تكلم به من شأن الصلاة، قضى ركعة، لا يعتد بالركعة الأخيرة؛ لأنها لا تتم إلا بسجدتيها، فلما لم يسجد مع الركعة سجدتيها، وأخذ في عمل بعد السجدة الواحدة، قضى ركعة، ثم تشهد وسلم وسجد سجدتي السهو.". (١)

٣٩٠. ٥٠-"في موضع تخافت، أو خافت في موضع جهر، أو صلى خمسا، أو ما عدا ذلك من السهو، فكل ذلك يسجد له قبل السلام) وجملة ذلك، أن السجود كله عند أحمد قبل السلام، إلا في الموضعين اللذين ورد النص بسجودهما بعد السلام، وهما إذا سلم من نقص في صلاته، أو تحرى الإمام، فبنى على غالب ظنه، وما عداهما يسجد له قبل السلام. نص على هذا في رواية الأثرم. قال: أنا أقول، كل سهو جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه يسجد فيه بعد السلام، وسائر السجود يسجد فيه قبل السلام، هو أصح في المعنى؛ وذلك أنه من شأن الصلاة، فيقضيه قبل أن يسلم.

ثم قال: سجد النبي – صلى الله عليه وسلم – في ثلاثة مواضع بعد السلام، وفي غيرها قبل السلام. قلت: اشرح الثلاثة مواضع التي بعد السلام. قال: سلم من ركعتين، فسجد بعد السلام، هذا حديث ذي اليدين. وسلم من ثلاث فسجد بعد السلام، هذا حديث عمران بن حصين. وحديث ابن مسعود في موضع التحري سجد بعد السلام. قال القاضي: لا يختلف قول أحمد في هذين الموضعين، أنه يسجد لهما بعد السلام. واختلف في من سها فصلى خمسا، هل يسجد قبل السلام أو بعده؟ على روايتين. وما عدا هذه المواضع يسجد لها قبل السلام، رواية واحدة.

وبهذا قال سليمان بن داود، وأبو خيثمة، وابن المنذر، وحكى أبو الخطاب عن أحمد روايتين أخريين؛ إحداهما، أن السجود كله قبل السلام روي ذلك عن أبي هريرة، ومكحول، والزهري، ويحيى الأنصاري، وربيعة، والليث، والأوزاعي. وهو مذهب الشافعي؛ لحديث ابن بحينة، وأبي سعيد. وقال الزهري: كان آخر الأمرين السجود قبل السلام. ولأنه تمام الصلاة وجبر لنقصها، فكان قبل سلامها كسائر أفعالها. والثانية أن ما كان من نقص سجد له قبل السلام؛ لحديث ابن بحينة. وما كان من زيادة سجد له بعد السلام؛ لحديث ذي اليدين، وحديث ابن مسعود حين صلى النبي – صلى الله عليه وسلم –

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤

خمسا. وهذا مذهب مالك وأبي ثور وروي عن ابن مسعود، أنه قال: كل شيء شككت فيه من صلاتك من نقصان، من ركوع أو سجود، أو غير ذلك، فاستقبل أكثر ظنك، واجعل سجدتي السهو من هذا النحو قبل التسليم، فأما غير ذلك من السهو فاجعله بعد التسليم. رواه سعيد.

وقال أصحاب الرأي: سجود السهو كله بعد السلام، وله فعلهما قبل السلام. يروى نحو ذلك عن علي، وسعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، وعمار، وابن عباس، وابن الزبير، وأنس، والحسن، والنخعي، وابن أبي ليلى؛ لحديث ذي اليدين، وحديث ابن مسعود التحري. وروى ثوبان، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لكل سهو سجدتان بعد التسليم» رواه سعيد.

وعن عبد الله بن جعفر قال:". (١)

٣٩١. ٥١-"صلب الصلاة. ويحتمل أن لا يجب التشهد؛ لأن ظاهر الحديثين الأولين أنه سلم من غير تشهد، وهما أصح من هذه الرواية، ولأنه سجود مفرد، فلم يجب له تشهد، كسجود التلاوة

[فصل نسي سجود السهو حتى طال الفصل]

(٩١٨) فصل: وإذا نسي سجود السهو حتى طال الفصل، لم تبطل الصلاة. وبذلك قال الشافعي وأصحابالرأي. وعن أحمد: أنه إن خرج من المسجد أعاد الصلاة، وهو قول الحكم، وابن شبرمة وقول مالك وأبي ثور في السجود الذي قبل السلام. ولنا، أنه جابر للعبادة بعدها، فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج، ولأنه مشروع للصلاة خارج منها، فلم تفسد بتركه، كالأذان (٩١٩) فصل: ويقول في سجوده ما يقول في سجود صلب الصلاة؛ لأنه سجود مشروع في الصلاة، أشبه سجود صلب الصلاة

[فصل نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى]

(٩٢٠) فصل: وإن نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى، سجد بعد فراغه منها، في ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه في المسجد. وعلى قول غيره، إن طال الفصل لم يسجد وإلا سجد.

[فصل سجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب]

(٩٢١) فصل: وسجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب. وعن أحمد غير واجب. ولعل مبناها

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٨

على أن الواجبات التي شرع السجود لجبرها غير واجبة، فيكون جبرها غير واجب. وهذا قول الشافعي وأصحابالرأي؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «كانت الركعة والسجدتان نافلة له» . ولنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر به في حديث ابن مسعود وأبي سعيد وفعله، وقال «صلوا كما رأيتموني أصلي» وقوله " نافلة " يعني أن له ثوابا فيه كما أنه سمى الركعة أيضا نافلة وهي واجبة على الساهي بلا خلاف.

فأما المشروع لما لا يبطل عمده الصلاة فغير واجب قال أحمد: إنما يجب السجود فيما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – يعني وما كان في معناه فنقيس على زيادة خامسة سائر زيادات الأفعال من جنس الصلاة، وعلى ترك التشهد ترك غيره من الواجبات، وعلى التسليم من نقصان زيادات الأقوال المبطلة عمدا". (١)

٣٩٢. ٥٢-"السجود، سجد المسبوق في آخر صلاته، رواية واحدة؛ لأنه لم يوجد من الإمام ما يكمل به صلاة المأموم.

وإذا سها المأموم فيما تفرد فيه بالقضاء، سجد، رواية واحدة؛ لأنه قد صار منفردا، فلم يتحمل عنه الإمام وهكذا لو سها، فسلم مع إمامه، قام فأتم صلاته، ثم سجد بعد السلام، كالمنفرد، سواء

[فصل غير المسبوق إذا سها إمامه فلم يسجد فهل يسجد المأموم]

(٩٢٩) فصل: فأما غير المسبوق إذا سها إمامه فلم يسجد، فهل يسجد المأموم؟ فيه روايتان: إحداهما، يسجد، وهو قول ابن سيرين، والحكم، وحماد وقتادة ومالك، والليث، والشافعي، وأبي ثور قال ابن عقيل: وهي أصح؛ لأن صلاة المأموم نقصت بسهو الإمام، ولم تنجبر بسجوده، فيلزم المأموم جبرها. والثانية: لا يسجد. روي ذلك عن عطاء، والحسن، والنخعي، والقاسم وحماد بن أبي سليمان، والثوري، وأصحابالرأي؛ لأن المأموم إنما يسجد تبعا، فإذا لم يسجد الإمام لم يوجد المقتضي لسجود المأموم.

وهذا إذا تركه الإمام لعذر، فإن تركه قبل السلام عمدا، وكان الإمام ممن لا يرى أن السجود واجب، فهو كتاركه سهوا. وإن كان يعتقد وجوبه، بطلت صلاته. وهل تبطل صلاة المأموم؟ فيه وجهان: أحدهما: تبطل؛ لأنه ترك واجبا في الصلاة عمدا فبطلت صلاة المأموم، كترك التشهد الأول. والثاني:

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨

لا تبطل؛ لأنه لم يبق من الصلاة إلا السلام

[فصل قام المأموم لقضاء ما فاته فسجد إمامه بعد السلام]

(٩٣٠) فصل: إذا قام المأموم لقضاء ما فاته، فسجد إمامه بعد السلام، فحكمه حكم القائم عن التشهد الأول؛ إن سجد إمامه قبل انتصابه قائما لزمه الرجوع، وإن انتصب قائما ولم يشرع في القراءة، لم يرجع وإن رجع جاز وإن شرع في القراءة لم يكن له الرجوع، نص عليه أحمد قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: رجل أدرك بعض الصلاة، فلما قام ليقضي، إذا على الإمام سجود سهو؟ فقال: إن كان عمل في قيامه، وابتدأ في القراءة، مضى، ثم سجد. قلت: فإن لم يستتم قائما؟ قال: يرجع ما لم يعمل. قيل له: قد استتم قائما؟ فقال: إذا استتم قائما، وأخذ في عمل القضاء، سجد بعدما يقضي. وذلك لأنه قام عن واجب إلى ركن أشبه القيام عن التشهد الأول. وذكر ابن عقيل أن فيه روايات ثلاثا. وهذا أولى، وهو منصوص عليه بما قد رويناه.". (١)

٣٩٣. ٥٣-"خفيت الحكمة فيها، ومتى أمكن تعليل الحكم تعين تعليله، وكان أولى من قهر التعبد ومرارة التحكم، يدل على صحة هذا تعدية الحكم إلى الحش المسكوت عنه، بالتنبيه من وجود معنى المنطوق فيه، وإلا لم يكن ذلك تنبيها، فعلى هذا يمكن قصر الحكم على ما هو مظنة منها، فلا يثبت حكم المنع في موضع المسلخ من الحمام، ولا في وسطه، لعدم المظنة فيه، وكذلك ما أشبهه والله أعلم.

(٩٦٠) فصل: وزاد أصحابنا المجزرة، والمزبلة، ومحجة الطريق، وظهر الكعبة؛ لأنها في خبر عمر وابنه. وقالوا: لا يجوز فيها الصلاة.

ولم يذكرها الخرقي فيحتمل أنه جوز الصلاة فيها، وهو قول أكثر أهل العلم؛ لعموم قوله - عليه الصلاة والسلام -: «جعلت لي الأرض مسجدا» وهو صحيح متفق عليه. واستثنى منه المقبرة، والحمام، ومعاطن الإبل، بأحاديث صحيحة خاصة، ففيما عدا ذلك يبقى على العموم. وحديث عمر وابنه يرويهما العمري، وزيد بن جبير؛ وقد تكلم فيهما من قبل حفظهما، فلا يترك الحديث الصحيح بحديثهما. وهذا أصح، وأكثر أصحابنا ، فيما علمت، عملوا بخبر عمر وابنه في المنع من الصلاة في المواضع السبعة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٣

ومعنى محجة الطريق: الجادة المسلوكة التي تسلكها السابلة. وقارعة الطريق: يعني التي تقرعها الأقدام، فاعلة بمعنى مفعولة، مثل الأسواق والمشارع والجادة للسفر. ولا بأس بالصلاة فيما علا منها يمنة ويسرة ولم يكثر قرع الأقدام فيه. وكذلك لا بأس بالصلاة في الطريق التي يقل سالكوها، كطرق الأبيات اليسيرة.

والمجزرة: الموضع الذي يذبح القصابون فيه البهائم، وشبههم معروفا بذلك معدا. والمزبلة: الموضع الذي يجمع فيه الزبل. ولا فرق في هذه المواضع بين ما كان منها طاهرا ونجسا، ولا بين كون الطريق فيها سالكا أو لم يكن؛ ولا في المعاطن بين أن يكون فيها إبل في الوقت أو لم يكن.

وأما المواضع التي تبيت فيها الإبل في مسيرها، أو تناخ فيها لعلفها أو وردها، فلا يمنع الصلاة فيها. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن موضع فيه أبعار الإبل يصلى فيه؟ فرخص فيه، ثم قال: إذا لم يكن من معاطن الإبل، التي نهي عن الصلاة فيها، التي تأوي إليها الإبل. (٩٦١) فصل: ويكره أن يصلي إلى هذه المواضع فإن فعل صحت صلاته نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وقد سئل عن الصلاة إلى المقبرة والحمام والحش؟ قال: لا ينبغي أن يكون في القبلة قبر، ولا حش ولا حمام، فإن كان يجزئه. وقال أبو بكر: يتوجه في الإعادة قولان؛ أحدهما: يعيد؛ لموضع النهي، وبه أقول.

والثاني: يصح؛ لأنه لم يصل في شيء من المواضع المنهي عنها. وقال أبو عبد الله بن حامد: إن". (١)

٣٩٤. ٥٤-"وإسحاق. وقال القاضي: رأيت لأبي إسحاق بن شاقلا كلاما يدل على طهارة بول الغلام؛ لأنه لو كان نجسا لوجب غسله. (١) وقال الثوري وأبو حنيفة: يغسل بول الغلام كما يغسل بول الجارية؛ لأنه بول نجس، فوجب غسله كسائر الأبوال النجسة، ولأنه حكم يتعلق بالنجاسة، فاستوى فيه الذكر والأنثى، كسائر أحكامهما.

ولنا ما روت أم قيس بنت محصن «، أنها أتت بابن، لها صغير، لم يأكل الطعام، إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأجلسه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجره، فبال على ثوبه، فدعا بماء، فنضحه، ولم يغسله.» وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت «، أتي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بصبي، فبال على ثوبه فدعا بماء فأتبعه بوله، ولم يغسله» . متفق عليهما. وعن لبابة بنت الحارث قالت: «كان الحسين بن علي في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فبال عليه،

(١) المغني لابن قدامة ٥٣/٢

فقلت: البس ثوبا آخر، وأعطني إزارك حتى أغسله. فقال: إنما يغسل من بول الأنثى، وينضح من بول الغلام الذكر» . رواه أبو داود.

وعن علي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «بول الغلام ينضح، وبول الجارية يغسل» . قال قتادة: هذا ما لم يطعما الطعام، فإذا طعما غسل بولهما. رواه الإمام أحمد في مسنده. وهذه نصوص صحيحة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، فاتباعها أولى، وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أصح من قول من خالفه. (٩٩٠) فصل: قال أحمد: الصبي إذا طعم الطعام، وأراده، واشتهاه، غسل بوله، وليس إذا أطعم؛ لأنه قد يلعق العسل ساعة يولد، والنبي - صلى الله عليه وسلم - حنك بالتمر. ولكن إذا كان يأكل ويريد الأكل، فعلى هذا ما يسقاه الصبي أو يلعقه للتداوي لا يعد طعاما يوجب الغسل، وما يطعمه لغذائه وهو يريده ويشتهيه، هو الموجب لغسل بوله. والله أعلم.

[مسألة المني طاهر]

(٩٩١) مسألة: قال: (والمني طاهر. وعن أبي عبد الله، رحمه الله رواية أخرى، أنه كالدم) اختلفت الرواية عن أحمد في المني، فالمشهور: أنه طاهر. وعنه أنه كالدم، أي أنه نجس. ويعفى عن يسيره. وعنه: أنه لا يعفى عن يسيره. ويجزئ فرك يابسه على كل حال. والرواية الأولى هي المشهورة في المذهب، وهو قول سعد بن أبي وقاص، وابن عمر. وقال ابن عباس: امسحه عنك بإذخرة أو خرقة، ولا تغسله إن شئت. وقال ابن المسيب: إذا صلى فيه لم يعد. وهو مذهب الشافعي،". (١)

٣٩٥. ٥٥-"ابن عمر.

وقوله: «لا تصلوا بعد العصر إلا أن تصلوا والشمس مرتفعة» . رواه أبو داود. وقالت عائشة: وهم عمر إنما نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يتحرى طلوع الشمس أو غروبها. ولنا ما ذكرنا من الأحاديث في أول الباب، وهي صحيحة صريحة، والتخصيص في بعض الأحاديث لا يعارض العموم الموافق له، بل يدل على تأكد الحكم فيما خصه، وقول عائشة في رد خبر عمر غير مقبول، فإنه مثبت لروايته عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وهي تقول برأيها، وقول النبي - صلى الله عليه

(١) المغني لابن قدامة ٢/٦٨

وسلم - أصح من قولها، ثم هي قد روت ذلك أيضا، فروى ذكوان مولى عائشة، أنها حدثته، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يصلي بعد العصر، وينهى عنه» . رواه أبو داود، فكيف يقبل ردها لما قد أقرت بصحته، وقد رواه أبو سعيد، وعمرو بن عبسة، وأبو هريرة، وابن عمر، والصنابحي، وأم سلمة، كنحو رواية عمر، فلا يترك هذا بمجرد رأي مختلف متناقض.

(١٠٢٧) فصل: والنهي عن الصلاة بعد العصر متعلق بفعل الصلاة، فمن لم يصل أبيح له التنفل، وإن صلى غيره. ومن صلى العصر فليس له التنفل وإن لم يصل أحد سواه. لا نعلم في هذا خلافا عند من يمنع الصلاة بعد العصر. فأما النهي بعد الفجر فيتعلق بطلوع الفجر، وبهذا قال سعيد بن المسيب، والعلاء بن زياد، وحميد بن عبد الرحمن، وأصحابالرأي. وقال النخعي: كانوا يكرهون ذلك. يعني التطوع بعد طلوع الفجر. ورويت كراهته عن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عمرو.

وعن أحمد رواية أخرى، أن النهي متعلق بفعل الصلاة أيضا كالعصر. وروي نحو ذلك عن الحسن، والشافعي؛ لما روى أبو سعيد، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس» . رواه مسلم، وروى أبو داود حديث عمر بهذا اللفظ. وفي حديث عمرو بن عبسة قال: «صل صلاة الصبح ثم أقصر عن الصلاة، كذا» رواه مسلم. وفي رواية أبي داود قال: «قلت يا رسول الله، أي الليل أسمع؟ قال: جوف الليل الآخر، فصل ما شئت، فإن الصلاة مكتوبة مشهودة حتى تصلي الصبح، ثم أقصر حتى تطلع الشمس، فترتفع قدر رمح أو رمحين» . ولأن لفظ النبي - صلى الله عليه وسلم - في العصر علق على الصلاة دون وقتها، فكذلك الفجر، ولأنه وقت نهي بعد صلاة، فيتعلق بفعلها، كبعد العصر. والمشهور في المذهب الأول؛ لما روى «يسار مولى ابن عمر، قال: رآني ابن عمر وأنا أصلي بعد طلوع الفجر فقال: يا يسار، إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خرج علينا ونحن نصلي هذه الصلاة، فقال: ليبلغ شاهدكم غائبكم، لا تصلوا بعد الفجر إلا سجدتين» . رواه أبو داود، وفي لفظ:". (١)

٣٩٦. ٥٦-"عبد الأشهل، فصلى المغرب، فرآهم يتطوعون بعدها. فقال: هذه صلاة البيوت» . رواه أبو داود. وعن رافع بن خديج، قال: «أتانا النبي - صلى الله عليه وسلم - في بني عبد الأشهل، فصلى بنا المغرب في مسجدنا، ثم قال: اركعوا هاتين الركعتين في بيوتكم» . رواه ابن ماجه، والأثرم،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٦

ولفظه، قال: «صلوا هاتين الركعتين في بيوتكم» .

[فصل كل سنة قبل الصلاة فوقتها من دخول وقتها]

(١٠٤٢) فصل: كل سنة قبل الصلاة، فوقتها من دخول وقتها إلى فعل الصلاة، وكل سنة بعدها، فوقتها من فعل الصلاة إلى خروج وقتها، فإن فات شيء من وقت هذه السنن، فقال أحمد: لم يبلغنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى شيئا من التطوع، إلا ركعتي الفجر، والركعتين بعد العصر. وقال ابن حامد: تقضى جميع السنن الرواتب في جميع الأوقات إلا أوقات النهي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بعضها، وقسنا الباقي عليه. وقال القاضي وبعض أصحابنا : لا يقضى إلا ركعتا الفجر تقضى، إلى وقت الضحى، وركعتا الظهر. فإن أحمد قال: ما أعرف وترا بعد الفجر. وركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى. قال مالك: تقضى ركعتا الفجر إلى وقت الزوال، ولا تقضى بعد ذلك

وقال النخعي، وسعيد بن جبير، والحسن: إذا طلعت الشمس فلا وتر. وقال بعضهم: من صلى الغداة فلا وتر عليه. والأول أصح؛ لما ذكرنا وقد قال أحمد، - رحمه الله -: أحب أن يكون له شيء من النوافل يحافظ عليه، إذا فات قضى.

النوع الثاني: تطوعات مع السنن الرواتب، يستحب أن يصلي قبل الظهر أربعا وأربعا بعدها؛ لما روت أم حبيبة، قالت: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من حافظ على أربع ركعات قبل الظهر، وأربع بعدها، حرمه الله على النار» . رواه أبو داود، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح غريب. وروى أبو أيوب، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم تفتح لهن أبواب السماء» . وقد ذكرناه

وعلى أربع قبل العصر؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا» . رواه أبو داود، وعن علي - رضي الله عنه - في صفة صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: وأربعا قبل الظهر إذا زالت الشمس، وركعتين بعدها، وأربعا قبل العصر، يفصل بين كل ركعتين بالسلام على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين. رواه ابن ماجه. وعلى أربع بعد سنة المغرب؛ لما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من صلى بعد المغرب ست ركعات، لم يتكلم بينهن بسوء، عدلن له بعبادة اثنتي عشرة سنة» رواه الترمذي، وقال:

لا نعرفه إلا من حديث". (١)

٣٩٧. ٥٧-"[مسألة يباح أن يتطوع جالسا]

(١٠٦١) مسألة: قال: (ويباح أن يتطوع جالسا) لا نعلم خلافا في إباحة التطوع جالسا، وأنه في القيام أفضل، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من صلى قائما فهو أفضل، ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم» . متفق عليه. وفي لفظ مسلم: «صلاة الرجل قاعدا نصف الصلاة» . وقالت عائشة: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس» . وروي نحو ذلك عن حفصة، وعبد الله بن عمرو، وجابر بن سمرة، أخرجهن مسلم. ولأن كثيرا من الناس يشق عليه طول القيام، فلو وجب في التطوع لترك أكثره، فسامح الشارع في ترك القيام فيه ترغيبا في تكثيره، كما سامح في فعله على الراحلة في السفر، وسامح في نية صوم التطوع من النهار.

[مسألة يستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا]

(١٠٦٢) مسألة: قال: (ويكون في حال القيام متربعا، ويثني رجليه في الركوع والسجود) وجملته أنه يستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا، روي ذلك عن ابن عمر، وأنس، وابن سيرين، ومجاهد، وسعيد بن جبير، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وعن أبي حنيفة كقولنا. وعنه يجلس كيف شاء. وروي عن ابن المسيب، وعروة، وابن عمر: يجلس كيف شاء؛ لأن القيام سقط، فسقطت هيئته. وروي عن ابن المسيب، وعروة، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء الخراساني، أنهم كانوا يحتبون في التطوع.

واختلف فيه عن عطاء، والنخعي. ولنا، أن القيام يخالف القعود فينبغي أن تخالف هيئته في بدله هيئة غيره، كمخالفة القيام غيره، وهو مع هذا أبعد من السهو والاشتباه، وليس إذا سقط القيام لمشقته يلزم سقوط ما لا مشقة فيه، كمن سقط عنه الركوع والسجود، لا يلزم سقوط الإيماء بهما. وهذا الذي ذكرنا من صفة الجلوس مستحب غير واجب، إذ لم يرد بإيجابه دليل. فأما قوله: «ويثني رجليه في الركوع والسجود» . فقد روي عن أنس. قال أحمد: يروى عن أنس، أنه صلى متربعا، فلما ركع ثنى رجله. وهذا قول الثوري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩٥

وحكى ابن المنذر، عن أحمد، وإسحاق، أنه لا يثني رجليه إلا في السجود خاصة، ويكون في الركوع على هيئة القيام. وذكره أبو الخطاب. وهو قول أبي يوسف ومحمد، وهو أقيس؛ لأن هيئة الراكع في رجليه هيئة القائم، فينبغي أن يكون على هيئته، وهذا **أصح** في النظر إلا أن أحمد ذهب إلى فعل أنس، وأخذ به.". (١)

٣٩٨. ٥٨-"وأراد المبالغة في تأكيده؛ لما قد ورد فيه من الأحاديث في الأمر به، والحث عليه، فخرج كلامه مخرج كلام النبي - صلى الله عليه وسلم - وإلا فقد صرح في رواية حنبل، فقال: الوتر ليس بمنزلة الفرض، فلو أن رجلا صلى الفريضة وحدها، جاز له وهما سنة مؤكدة؛ الركعتان قبل الفجر والوتر، فإن شاء قضى الوتر، وإن شاء لم يقضه، وليس هما بمنزلة المكتوبة. واختلف أصحابنا في الوتر وركعتي الفجر، فقال القاضي: ركعتا الفجر آكد من الوتر؛ لاختصاصهما بعدد لا يزيد ولا ينقص، فأشبها المكتوبة. وقال غيره: الوتر آكد. وهو **أصح**؛ لأنه مختلف في وجوبه، وفيه من الأخبار ما لم يأت مثله في ركعتي الفجر، لكن ركعتا الفجر تليه في التأكيد، والله أعلم.

[فصل وقت الوتر]

(١٠٨٧) فصل: ووقته ما بين العشاء وطلوع الفجر الثاني، فلو أوتر قبل العشاء، لم يصح. وتره. وقال الثوري، وأبو حنيفة: إن صلاه قبل العشاء ناسيا لم يعده، وخالفه صاحباه. فقالا: يعيد. وكذلك قال مالك، والشافعي؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الوتر جعله الله لكم ما بين صلاة العشاء إلى صلاة الفجر.» وفيه حديث أبي بصرة «إن الله زادكم صلاة، فصلوها ما بين العشاء إلى صلاة الصبح» .

وفي " المسند " عن معاذ، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «زادني ربي صلاة، وهي الوتر، ووقتها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر» ولأنه صلاه قبل وقته، فأشبه ما لو صلى نهارا. وإن أخر الوتر حتى يطلع الصبح، فات وقته وصلاه قضاء. وروي عن ابن مسعود، أنه قال: الوتر ما بين الصلاتين. وعن علي - رضي الله عنه - نحوه، لحديث أبي بصرة. والصحيح أن وقته إلى طلوع الفجر؛ لحديث معاذ، والحديث الآخر، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإذا خشي أحدكم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٥/٢

الصبح صلى ركعة، فأوترت له ما قد صلى» . وقال: «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا» متفق عليه. وقال «أوتروا قبل أن تصبحوا» وقال: «الوتر ركعة من آخر الليل» وقال «من خاف أن لا يقوم من آخر الليل فليوتر من أوله» . أخرجهن مسلم.

[فصل الأفضل التهجد في آخر الليل]

(١٠٨٨) فصل: والأفضل فعله في آخر الليل؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من خاف أن لا يقوم من آخر الليل، فليوتر من أوله، ومن طمع أن يقوم آخره، فليوتر آخر الليل؛ فإن صلاة آخر الليل مشهودة» وذلك أفضل وهذا صريح. وقال - عليه السلام - «الوتر ركعة من آخر الليل» وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يوتر آخر الليل وقالت عائشة: «من كل الليل قد أوتر رسول الله". (١)

٣٩٩. ٥٩-"القوم وقد صلوا، كنت أحرزت صلاتك، وإلا كانت لك نافلة» . رواه مسلم.

ولأنه إجماع الصحابة، فعلت عائشة ذلك وروي أن أبا سعيد مولى أبي أسيد، قال: تزوجت وأنا عبد، فدعوت نفرا من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأجابوني، فكان فيهم أبو ذر، وابن مسعود، وحذيفة، فحضرت الصلاة وهم في بيتي، فتقدم أبو ذر ليصلي بهم، فقالوا له. وراءك؟ فالتفت إلى ابن مسعود، فقال: أكذلك يا أبا عبد الرحمن؟ قال: نعم. فقدموني، وأنا عبد، فصليت بهم. رواه صالح في " مسائله " بإسناده، وهذه قصة مثلها ينتشر، ولم ينكر ولا عرف مخالف لها، فكان ذلك إجماعا، ولأن الرق حق ثبت عليه، فلم يمنع صحة إمامته كالدين، ولأنه من أهل الأذان للرجال يأتي بالصلاة على الكمال فكان له أن يؤمهم كالحر.

وأما الأعمى فلا نعلم في صحة إمامته خلافا، إلا ما حكي عن أنس، أنه قال: ما حاجتهم إليه. وعن ابن عباس: أنه قال: كيف أؤمهم وهم يعدلونني إلى القبلة. والصحيح عن ابن عباس أنه كان يؤم وهو أعمى، وعتبان بن مالك، وقتادة وجابر. وقال أنس: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - استخلف ابن أم مكتوم يؤم الناس وهو أعمى» رواه أبو داود. . وعن الشعبي، أنه قال: «غزا النبي - صلى الله عليه وسلم - ثلاث عشرة غزوة، كل ذلك يقدم ابن أم مكتوم يصلي بالناس» . رواه أبو

(١) المغني لابن قدامة ١١٩/٢

بكر. ولأن العمى فقد حاسة لا يخل بشيء من أفعال الصلاة ولا بشروطها، فأشبه فقد الشم. فإذا ثبت هذا فالحر أولى من العبد، لأنه أكمل منه وأشرف، ويصلي الجمعة والعيد إماما بخلاف العبد. وقال أبو الخطاب: والبصير أولى من الأعمى؛ لأنه يستقبل القبلة بعلمه، ويتوقى النجاسات ببصره. وقال القاضي: هما سواء؛ لأن الأعمى أخشع، لأنه لا يشتغل في الصلاة بالنظر إلى ما يلهيه، فيكون ذلك في مقابلة فضيلة البصير عليه، فيتساويان.

والأول **أصح**؛ لأن البصير لو أغمض عينيه كان مكروها، ولو كان ذلك فضيلة لكان مستحبا، لأنه يحصل بتغميضه ما يحصله الأعمى، ولأن البصير إذا غض بصره مع إمكان النظر كان له الأجر فيه، لأنه يترك المكروه مع إمكانه اختيارا، والأعمى يتركه اضطرارا فكان أدنى حالا، وأقل فضيلة.

[فصل إمامة الأخرس]

(١١٣١) فصل: ولا تصح إمامة الأخرس بمثله، ولا غيره، لأنه يترك ركنا، وهو القراءة، تركا مأيوسا من زواله، فلم تصح إمامته، كالعاجز عن الركوع والسجود.

[فصل إمامة الأصم]

(١١٣٢) فصل: وتصح إمامة الأصم؛ لأنه لا يخل بشيء من أفعال الصلاة، ولا شروطها، فأشبه الأعمى؛ فإن". (١)

٤٠٠. ٦٠-"كان أصم أعمى صحت إمامته لذلك. وقال بعض أصحابنا : لا تصح إمامته؛ لأنه إذا سها لا يمكن تنبيهه بتسبيح ولا إشارة، والأولى صحتها؛ فإنه لا يمنع من صحة الصلاة احتمال عارض لا يتيقن وجوده، كالمجنون حال إفاقته.

[فصل إمامة أقطع اليدين]

(١١٣٣) فصل: فأما أقطع اليدين، فقال أحمد - رحمه الله -: لم أسمع فيه شيئا. وذكر الآمدي فيه روايتين؛ إحداهما: تصح إمامته. اختارها القاضي؛ لأنه عجز لا يخل بركن في الصلاة. فلم يمنع صحة إمامته، كأقطع أحد الرجلين والأنف. والثانية: لا تصح. اختارها أبو بكر؛ لأنه يخل بالسجود على

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٤٣

بعض أعضاء السجود، أشبه العاجز عن السجود على جبهته. وحكم أقطع اليد الواحدة كالحكم في قطعهما جميعا، وأما أقطع الرجلين فلا يصح الائتمام به؛ لأنه مأيوس من قيامه، فلم تصح إمامته كالزمن. وإن كان مقطوع إحدى الرجلين، ويمكنه القيام، صحت إمامته. ويتخرج على قول أبي بكر أن لا تصح إمامته؛ لإخلاله بالسجود على عضو. والأول **أصح**؛ لأنه يسجد على الباقي من رجله أو حائلها.

[مسألة أم أمي أميا وقارئا]

(١١٣٤) مسألة: قال: (وإن) (أم أمي أميا وقارئا) (أعاد القارئ وحده) .

الأمي من لا يحسن الفاتحة أو بعضها، أو يخل بحرف منها، وإن كان يحسن غيرها، فلا يجوز لمن يحسنها أن يأتم به، ويصح لمثله أن يأتم به، ولذلك خص الخرقي القارئ بالإعادة فيما إذا أم أميا وقارئا. وقال القاضي: هذه المسألة محمولة على أن القارئ مع جماعة أميين حتى إذا فسدت صلاة القارئ بقي خلف الإمام اثنان فصاعدا. فإن كان معه أمي واحد، وكانا خلف الإمام أعادا جميعا؛ لأن الأمي صار فذا.

والظاهر أن الخرقي إنما قصد بيان من تفسد صلاته بالائتمام بالأمي، وهذا يخص القارئ دون الأمي، ويجوز أن تصح صلاة الأمي؛ لكونه عن يمين الإمام، أو كونهما جميعا عن يمينه، أو معهم أمي آخر، وإن فسدت صلاته لكونه فذا، فما فسدت لائتمامه بمثله، إنما فسدت لمعنى آخر. وبهذا قال مالك، والشافعي في الجديد. وقيل عنه: يصح أن يأتم القارئ بالأمي في صلاة الإسرار دون صلاة الجهر. وقيل عنه: يجوز أن يأتم به في الحالين؛ لأنه عجز عن ركن، فجاز للقادر عليه الائتمام به، كالقاعد بالقائم. وقال أبو حنيفة: تفسد صلاة الإمام أيضا؛ لأنه لما أحرم معه القارئ لزمته القراءة عنه، لكون الإمام يتحمل القراءة عن المأموم، فعجز عنها، ففسدت صلاته.

ولنا على الأول، أنه ائتم بعاجز عن ركن سوى القيام يقدر عليه المأموم، فلم تصح، كالمؤتم بالعاجز عن الركوع والسجود، ولأن الإمام يتحمل القراءة عن المأموم، وهذا عاجز عن التحمل للقراءة". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٤٤

٤٠١. ٦١-"أم أنس وقفت خلفهما وحدها. فإن كان معهما رجل وقف عن يمينه، ووقفت المرأة خلفهما. وإن كان معهما رجلان وقفا خلفه، ووقفت المرأة خلفهما. وإن كان أحدهما غلاما في تطوع، وقف الرجل والغلام وراءه، والمرأة خلفهما؛ لحديث أنس. وإن كانت فريضة، فقد ذكرنا ذلك. وتقف المرأة خلفهما.

وإن وقفت معهم في الصف في هذه المواضع، صح ولم تبطل صلاتها ولا صلاتهم على ما ذكرنا فيما تقدم. وإن وقف الرجل الواحد والمرأة خلف الإمام. فقال ابن حامد: لا تصح؛ لأنها لا تؤمه، فلا تكون معه صفا. وقال ابن عقيل: تصح على أصح الوجهين؛ لأنه وقف معه مفترض صلاته صحيحة، فأشبه ما لو وقف معه رجل، وليس من الشرط أن يكون ممن تصح إمامته، بدليل القارئ. مع الأمي، والفاسق والمتنفل مع المفترض (١١٦٨) فصل: إذا كان المأموم واحدا، فكبر عن يسار الإمام، أداره الإمام عن يمينه، ولم تبطل تحريمته، كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - بابن عباس وجابر.

وإن كبر فذا خلف الإمام، ثم تقدم عن يمينه، أو جاء آخر فوقف معه، أو تقدم إلى صف بين يديه، أو كانا اثنين فكبر أحدهما وتوسوس الآخر، ثم كبر قبل رفع الإمام رأسه من الركوع، أو كبر واحد عن يمينه فأحس بآخر، فتأخر معه قبل أن يحرم الثاني، ثم أحرم معه أو أحرم عن يساره، فجاء آخر، فوقف عن يمينه قبل رفع الإمام رأسه من الركوع، صحت صلاتهم. وقد نص أحمد، في رواية الأثرم، في الرجلين يقومان خلف الإمام، ليس خلفه غيرهما، فإن كبر أحدهما قبل صاحبه خاف أن يدخل في الصلاة خلف الصف، فقال: ليس هذا من ذاك، ذاك في الصلاة بكمالها، أو صلى ركعة كاملة، وما أشبه هذا، فأما هذا فأرجو أن لا يكون به بأس.

ولو أحرم رجل خلف الصف، ثم خرج من الصف رجل فوقف معه، صح؛ لما ذكرنا. (١١٦٩) فصل: وإن كبر المأموم عن يمين الإمام، ثم جاء آخر فكبر عن يساره، أخرجهما الإمام إلى ورائه، كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - بجابر وجبار، ولا يتقدم الإمام، إلا أن يكون وراءه ضيق. وإن تقدم، جاز، وإن كبر الثاني مع الأول عن اليمين وخرجا، جاز. وإن دخل الثالث، وهما في التشهد، كبر وجلس عن يمين صاحبه، أو عن يساره، ولا يتأخران في التشهد، فإن في ذلك مشقة.

(١١٧٠) فصل: وإن أحرم اثنان وراء الإمام، فخرج أحدهما لعذر، أو لغير عذر، دخل الآخر في

الصف، أو نبه". (١)

٤٠٢. ٦٢-"بعادم الماء والتراب، واللابس بالعاري، ولا القادر على الاستقبال بالعاجز عنه؛ لأنه تارك لشرط يقدر عليه المأموم، فأشبه المعافى بمن به سلس البول. ويصح ائتمام كل واحد من هؤلاء بمثله؛ لأن العراة يصلون جماعة، وقد سبق هذا.

[فصل صلاة المفترض خلف المتنفل]

(١١٨٧) فصل: وفي صلاة المفترض خلف المتنفل روايتان: إحداهما: لا تصح. نص عليه أحمد، في رواية أبي الحارث، وحنبل. واختارها أكثر أصحابنا . وهذا قول الزهري، ومالك، وأصحابالرأي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه» . متفق عليه. ولأن صلاة المأموم لا تتأدى بنية الإمام، أشبه صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر.

والثانية: يجوز. نقلها إسماعيل بن سعيد. ونقل أبو داود، قال: سمعت أحمد سئل عن رجل صلى العصر، ثم جاء فنسي، فتقدم يصلي بقوم تلك الصلاة، ثم ذكر لما أن صلى ركعة، فمضى في صلاته؟ قال: لا بأس.

وهذا قول عطاء، وطاوس، وأبي رجاء، والأوزاعي، والشافعي، وسليمان بن حرب، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي إسحاق الجوزجاني، وهي أصح؛ لما روى جابر بن عبد الله، «أن معاذا كان يصلي مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم يرجع فيصلي بقومه تلك الصلاة» . متفق عليه. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «صلى بطائفة من أصحابه في الخوف ركعتين، ثم سلم، ثم صلى بالطائفة الأخرى ركعتين، ثم سلم» . رواه أبو داود، والأثرم.

والثانية منهما تقع نافلة، وقد أم بها مفترضين. وروي عن أبي خلدة، قال: أتينا أبا رجاء لنصلي معه الأولى، فوجدناه قد صلى، فقلنا: جئناك لنصلي معك. فقال: قد صلينا ولكن لا أخيبكم، فأقام فصلى وصلينا معه. رواه الأثرم. ولأنهما صلاتان اتفقتا في الأفعال، فجاز ائتمام المصلي في إحداهما بالمصلي في الأخرى، كالمتنفل خلف المفترض.

فأما حديثهم فالمراد به، لا تختلفوا عليه في الأفعال، بدليل قوله: «فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا،

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٥٨

وإذا سجد فاسجدوا، وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا أجمعون» . ولهذا يصح ائتمام المتنفل بالمفترض مع اختلاف نيتهما،، وقياسهم ينتقض بالمسبوق في الجمعة يدرك أقل من ركعة، ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة.

فصل: ولا يختلف المذهب في صحة صلاة المتنفل وراء المفترض. ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا، وقد دل عليه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -:: «ألا رجل يتصدق على هذا، فيصلي معه» . والأحاديث التي في إعادة الجماعة، ولأن صلاة المأموم تتأدى بنية الإمام، بدليل ما لو نوى مكتوبة، فبان قبل وقتها.". (١)

٤٠٣. ٦٣-"وروي عن ابن عمر أنه كان يقصر في مسيرة عشرة فراسخ، قال ابن المنذر: ثبت أن ابن عمر كان يقصر إلى أرض له، وهي ثلاثون ميلا.

وروي نحو ذلك عن ابن عباس، فإنه قال: يقصر في اليوم، ولا يقصر فيما دونه. وإليه ذهب الأوزاعي. وقال: عامة العلماء يقولون: مسيرة يوم تام. وبه نأخذ. ويروى عن ابن مسعود، أنه يقصر في مسيرة ثلاثة أيام. وبه قال الثوري وأبو حنيفة لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن» .

وهذا يقتضي أن كل مسافر له ذلك، ولأن الثلاثة متفق عليها، وليس في أقل من ذلك توقيف ولا اتفاق. وروي عن جماعة من السلف، رحمة الله عليهم، ما يدل على جواز القصر في أقل من يوم، فقال الأوزاعي: كان أنس يقصر فيما بينه وبين خمسة فراسخ. وكان قبيصة بن ذؤيب، وهانئ بن كلثوم، وابن محيريز يقصرون فيما بين الرملة وبيت المقدس.

وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه خرج من قصره بالكوفة حتى أتى النخيلة فصلى بها الظهر والعصر ركعتين ثم رجع من يومه، فقال: أردت أن أعلمكم سنتكم. وعن جبير بن نفير، قال: «خرجت مع شرحبيل بن السمط إلى قرية على رأس سبعة عشر ميلا، أو ثمانية عشر ميلا، فصلى ركعتين، فقلت له، فقال: رأيت عمر بن الخطاب يصلي بالحليفة ركعتين، وقال: إنما فعلت كما رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يفعل» . رواه مسلم

وروي «أن دحية الكلبي خرج من قرية من دمشق مرة إلى قدر ثلاثة أميال في رمضان، ثم إنه أفطر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦٦

وأفطر معه أناس، وكره آخرون أن يفطروا، فلما رجع إلى قريته، قال: والله لقد رأيت اليوم أمرا ما كنت أظن أني أراه، إن قوما رغبوا عن هدي رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. يقول ذلك للذين صاموا قبل» رواه أبو داود. وروى سعيد، ثنا هاشم عن أبي هارون العبدي عن أبي سعيد الخدري، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا سافر فرسخا قصر الصلاة» . وقال أنس: كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال، أو ثلاثة فراسخ، صلى ركعتين» . شعبة الشاك. رواه مسلم. وأبو داود.

واحتج أصحابنا بقول ابن عباس وابن عمر، قال ابن عباس: يا أهل مكة، لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من عسفان إلى مكة. قال الخطابي: وهو أصح الروايتين عن ابن عمر.

ولأنها مسافة تجمع مشقة السفر، من الحل والشد، فجاز القصر فيها، كمسافة الثلاث، ولم يجز فيما دونها؛ لأنه لم يثبت دليل يوجب القصر فيه. وقول: أنس: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال، أو ثلاثة فراسخ، صلى ركعتين. يحتمل أنه أراد به إذا سافر سفرا طويلا قصر إذا بلغ ثلاثة أميال.". (١)

٤٠٤. ٦٤–"يجمع إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء. وقال هشام بن عروة: رأيت أبان بن عثمان يجمع بين الصلاتين في الليلة المطيرة؛ المغرب والعشاء، فيصليهما معه عروة بن الزبير،، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن، لا ينكرونه. ولا يعرف لهم في عصرهم مخالف، فكان إجماعا. رواه الأثرم (١٢٥٥) فصل: فأما الجمع بين الظهر والعصر، فغير جائز. قال: الأثرم: قيل لأبي عبد الله: الجمع بين الظهر والعصر في المطر؟ قال: لا، ما سمعت. وهذا (اختيار) أبي بكر، وابن حامد، وقول مالك. وقال أبو الحسن التميمي: فيه (قولان،) أحدهما أنه لا بأس به. وهو قول أبي الخطاب، (ومذهب) الشافعي، لما روى يحيى بن واضح، عن موسى بن عقبة، عن نافع عن ابن عمر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر» . ولأنه (معنى) أباح الجمع، فأباحه بين الظهر والعصر، كالسفر. ولنا، أن مستند الجمع ما ذكرناه من قول (أبي سلمة) ، والإجماع، ولم يرد إلا في المغرب والعشاء، وحديثهم غير صحيح؛ فإنه غير مذكور في الصحاح والسنن. وقول أحمد: ما سمعت. يدل على أنه ليس بشيء، ولا يصح القياس على المغرب والعشاء؛ لما فيهما من

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٨٩

المشقة لأجل الظلمة والمضرة، ولا القياس على السفر؛ لأن مشقته لأجل السير وفوات الرفقة، وهو غير موجود هاهنا.

(١٢٥٦) فصل: والمطر المبيح للجمع هو ما (يبل) الثياب، وتلحق المشقة بالخروج فيه. وأما الطل، والمطر الخفيف الذي لا يبل الثياب، فلا يبيح، والثلج كالمطر في ذلك، لأنه في معناه، وكذلك البرد.

[فصل حكم الوحل بمجرده في جمع الصلاة]

(١٢٥٧) فصل: فأما الوحل بمجرده. فقال القاضي: قال أصحابنا : هو عذر؛ لأن المشقة تلحق بذلك في النعال والثياب، كما تلحق بالمطر. وهو قول مالك. وذكر أبو الخطاب فيه وجها ثانيا، أنه لا يبيح.

وهو مذهب الشافعي، وأبي ثور؛ لأن مشقته دون مشقة المطر، فإن المطر يبل النعال والثياب، والوحل لا يبلها، فلم يصح قياسه عليه. والأول **أصح**؛ لأن الوحل يلوث الثياب والنعال، ويتعرض الإنسان للزلق، فيتأذى نفسه وثيابه، وذلك أعظم من البلل، وقد ساوى المطر في العذر في ترك الجمعة والجماعة، فدل على تساويهما في المشقة المرعية في الحكم.

[فصل جمع الصلاة مع الريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة]

(١٢٥٨) فصل: فأما الريح الشديدة، في الليلة المظلمة الباردة، ففيها وجهان: أحدهما، يبيح الجمع. قال الآمدي: وهو **أصح**. وهو قول عمر بن عبد العزيز؛ لأن ذلك عذر". (١)

٤٠٥. ٦٥-"مشقة، كالمرضع، والشيخ الضعيف، وأشباههما ممن عليه مشقة في ترك الجمع، ويحتمل أنه صلى الأولى في آخر وقتها، والثانية في أول وقتها، فإن عمرو بن دينار روى هذا الحديث عن جابر بن زيد، عن ابن عباس، قال عمرو: قلت: لجابر أبا الشعثاء، أظنه أخر الظهر وعجل العصر، وأخر المغرب وعجل العشاء؟ قال: وأنا أظن ذلك.

[فصل من شرط جواز الجمع]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٣

(١٢٦٤) فصل: قال ومن شرط جواز الجمع نية الجمع في أحد الوجهين، والآخر لا يشترط ذلك. وهو قول أبي بكر. والتفريع على اشتراطه. وموضع النية يختلف باختلاف الجمع، فإن جمع في وقت الأولى فموضعه عند الإحرام بالأولى، في أحد الوجهين، لأنها نية يفتقر إليها، فاعتبرت عند الإحرام، كنية القصر. والثاني موضعها من أول الصلاة الأولى إلى سلامها، أي ذلك نوى فيه أجزأه؛ لأن موضع الجمع حين الفراغ من آخر الأولى إلى الشروع في الثانية، فإذا لم تتأخر النية عنه، أجزأه ذلك. وإن جمع في وقت الثانية، فموضع النية في وقت الأولى من أوله إلى أن يبقى منه قدر ما يصليها؛ لأنه متى أخرها عن ذلك بغير نية صارت قضاء لا جمعا. ويحتمل أن يكون وقت النية إلى أن يبقى منه قدر ما يدركها به، وهو ركعة، أو تكبيرة الإحرام، على ما قدمنا. والذي ذكره أصحابنا أولى، فإن تأخيرها من القدر الذي يضيق عن فعلها حرام.

[فصل فإن جمع في وقت الأولى اعتبرت المواصلة بينهما]

(١٢٦٥) فصل: فإن جمع في وقت الأولى اعتبرت المواصلة بينهما، وهو أن لا يفرق بينهما إلا تفريقا يسيرا. فإن أطال الفصل بينهما بطل الجمع.

لأن معنى الجمع المتابعة أو المقارنة، ولم تكن المتابعة فلم يبق إلا المقارنة، فإن فرق بينهما تفريقا كثيرا، بطل الجمع، سواء فرق بينهما لنوم أو سهو أو شغل أو قصد أو غير ذلك، لأن الشرط لا يثبت المشروط بدونه، وإن كان يسيرا لم يمنع، لأنه لا يمكن التحرز منه، والمرجع في اليسير والكثير إلى العرف والعادة، لا حد له سوى ذلك، وقدره بعض أصحابنا بقدر الإقامة والوضوء.

والصحيح: أنه لا حد له، لأن ما لم يرد الشرع بتقديره لا سبيل إلى تقديره، والمرجع فيه إلى العرف، كالإحراز والقبض، ومتى احتاج إلى الوضوء والتيمم، فعله إذا لم يطل الفصل، وإن تكلم بكلام يسير، لم يبطل الجمع، وإن صلى بينهما السنة، بطل الجمع، لأنه فرق بينهما بصلاة فبطل الجمع، كما لو صلى بينهما غيرها. وعنه: لا يبطل؛ لأنه تفريق يسير، أشبه ما لو توضأ.

وإن جمع في وقت الثانية، جاز التفريق؛ لأنه متى صلى الأولى فالثانية في وقتها، لا تخرج بتأخيرها عن كونها مؤداة. وفيه وجه آخر، أن المتابعة مشترطة؛ لأن الجمع حقيقته ضم الشيء إلى الشيء، ولا يحصل مع التفريق. والأول أصح؛ لأن الأولى بعد وقوعها صحيحة لا تبطل بشيء يوجد بعدها،

والثانية لا تقع إلا في وقتها.". (١)

٤٠٦. ٦٦-"وأبي ثور؛ لأنه يتناوله اسم الجمع، فانعقدت به الجماعة كالأربعين، ولأن الله تعالى قال: ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة: ٩] وهذه صيغة الجمع، فيدخل فيه الثلاثة. وقال أبو حنيفة: تنعقد بأربعة؛ لأنه عدد يزيد على أقل الجمع المطلق، أشبه الأربعين.

وقال ربيعة: تنعقد باثني عشر رجلا؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، «أنه كتب إلى مصعب بن عمير بالمدينة، فأمره أن يصلي الجمعة عند الزوال ركعتين، وأن يخطب فيهما فجمع مصعب بن عمير في بيت سعد بن خيثمة باثني عشر رجلا» . وعن جابر قال: «كنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم الجمعة، فقدمت سويقة، فخرج الناس إليها، فلم يبق إلا اثنا عشر رجلا، أنا فيهم، فأنزل الله تعالى: ﴿وإذا رأوا تجارة أو لهوا انفضوا إليها وتركوك قائما﴾ [الجمعة: ١١] . إلى آخر الآية.» رواه مسلم.

وما يشترط للابتداء يشترط للاستدامة. ولنا، ما روى كعب بن مالك، قال: أول من جمع بنا أسعد بن زرارة، في هزم النبيت، من حرة بني بياضة، في نقيع يقال له: نقيع الخضمات قلت له: كم كنتم يومئذ؟ قال: أربعون. رواه أبو داود، والأثرم.

وروى خصيف، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة. رواه الدارقطني. وضعفه ابن الجوزي. وقول الصحابي: مضت السنة. ينصرف إلى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فأما من روى أنهم كانوا اثني عشر رجلا، فلا يصح؛ فإن ما رويناه أصح منه رواه أصحاب السنن. والخبر الآخر يحتمل أنهم عادوا فحضروا القدر الواجب، ويحتمل أنهم عادوا قبل طول الفصل.

فأما الثلاثة والأربعة فتحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه، فإن التقديرات بابها التوقيف، فلا مدخل للرأي فيها، ولا معنى لاشتراط كونه جمعا، ولا للزيادة على الجمع، إذ لا نص في هذا ولا معنى نص، ولو كان الجمع كافيا فيه، لاكتفي بالاثنين، فإن الجماعة تنعقد بهما. (١٣٣٨)

فصل: فأما الاستيطان، فهو شرط في قول أكثر أهل العلم.

وهو الإقامة في قرية، على الأوصاف المذكورة، لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء، ولا تجب على مسافر

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٦

ولا على مقيم في قرية يظعن أهلها عنها في الشتاء دون". (١)

٤٠٧. ٦٧-"جمعة الإمام، فهي صحيحة تقدمت أو تأخرت، والأخرى باطلة، لأن في الحكم ببطلان جمعة الإمام افتياتا عليه، وتفويتا له الجمعة ولمن يصلي معه، ويفضي إلى أنه متى شاء أربعون أن يفسدوا صلاة أهل البلد أمكنهم ذلك، بأن يجتمعوا في موضع، ويسبقوا أهل البلد بصلاة الجمعة

وقيل: السابقة هي الصحيحة، لأنها لم يتقدمها ما يفسدها، ولا تفسد بعد صحتها بما بعدها. والأول أصح، لما ذكرنا. وإن كانت إحداهما في المسجد الجامع والأخرى في مكان صغير لا يسع المصلين، أو لا يمكنهم الصلاة فيه؛ لاختصاص السلطان وجنده به، أو غير ذلك، أو كان أحدهما في قصبة البلد، والآخر في أقصى المدينة، كان من وجدت فيه هذه المعاني صلاتهم صحيحة دون الأخرى.

وهذا قول مالك؛ فإنه قال: لا أرى الجمعة إلا لأهل القصبة؛ وذلك لأن لهذه المعاني مزية تقتضي التقديم، فقدم بها، كجمعة الإمام.

ويحتمل أن تصح السابقة منهما دون الأخرى، لأن إذن الإمام آكد، ولذلك اشترط في إحدى الروايتين. وإن لم يكن لإحداهما مزية، لكونهما جميعا مأذونا فيهما، أو غير مأذون في واحدة منهما، وتساوى المكانان في إمكان إقامة الجمعة في كل واحد منهما، فالسابقة هي الصحيحة؛ لأنها وقعت بشروطها، ولم يزاحمها ما يبطلها، ولا سبقها ما يغني عنها، والثانية باطلة؛ لكونها واقعة في مصر أقيمت فيه جمعة صحيحة، تغني عما سواها

ويعتبر السبق بالإحرام؛ لأنه متى أحرم بإحداهما حرم الإحرام بغيرها؛ للغنى عنها، فإن وقع الإحرام بهما معا فهما باطلتان معا؛ لأنه لا يمكن صحتهما معا، وليست إحداهما بالفساد أولى من الأخرى، فبطلتا كالمتزوج أختين، أو إذا زوج الوليان رجلين. وإن لم تعلم الأولى منهما، أو لم يعلم كيفية وقوعهما، بطلتا أيضا؛ لأن إحداهما باطلة، ولم تعلم بعينها، وليست إحداهما بالإبطال أولى من الأخرى، فبطلتا كالمسألتين.

ثم إن علمنا فساد الجمعتين لوقوعهما معا، وجب إعادة الجمعة إن أمكن ذلك، لبقاء الوقت، لأنه مصر ما أقيمت فيه جمعة صحيحة، والوقت متسع لإقامتها فلزمتهم، كما لو لم يصلوا شيئا.

وإن تيقنا صحة إحداهما لا بعينها، فليس لهم أن يصلوا إلا ظهرا، لأنه مصر تيقنا سقوط فرض الجمعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٤

فيه بالأولى منهما، فلم تجز إقامة الجمعة فيه، كما لو علمناها وقال القاضي: يحتمل أن لهم إقامة جمعة أخرى؛ لأننا حكمنا بفسادهما معا، فكأن المصر ما صليت فيه جمعة صحيحة.

والصحيح الأول؛ لأن الصحيحة لم تفسد، وإنما لم يمكن إثبات حكم الصحة لها بعينها؛ لجهلها، فيصير هذا كما لو زوج الوليان أحدهما قبل الآخر، وجهل السابق منهما، فإنه لا يثبت حكم الصحة بالنسبة إلى واحد بعينه، وثبت حكم النكاح في حق المرأة، بحيث لا يحل لها أن تنكح زوجا آخر فأما إن جهلنا كيفية وقوعهما، فالأولى أن لا يجوز إقامة الجمعة أيضا، لأن الظاهر صحة إحداهما، لأن وقوعهما معا – بحيث لا يسبق إحرام إحداهما الأخرى – بعيد جدا، وما كان في غاية الندرة فحكمه حكم المعدوم، ولأننا شككنا في شرط إقامة الجمعة، فلم يجز إقامتها مع". (١)

٤٠٨. ٦٨-"في استحقاقه، كما لو يحجر مواتا، أو سبق إليه، ثم آثر غيره به.

وقال ابن عقيل نحو ذلك؛ لأن القائم أسقط حقه بالقيام، فبقي على الأصل، فكان السابق إليه أحق به، كمن وسع لرجل في طريق، فمر غيره، وما قلنا أصح، ويفارق التوسعة في الطريق، لأنها إنما جعلت للمرور فيها، فمن انتقل من مكان فيها لم يبق له فيه حق يؤثر به، وليس كذلك المسجد، فإنه للإقامة فيه، ولا يسقط حق المنتقل من مكانه إذا انتقل لحاجة، وهذا إنما انتقل مؤثرا لغيره، فأشبه النائب الذي بعثه إنسان ليجلس في موضع يحفظه له.

ولو كان الجالس مملوكا، لم يكن لسيده أن يقيمه؛ لعموم الخبر، ولأن هذا ليس بمال، وهو حق ديني، فاستوى هو وسيده فيه، كالحقوق الدينية كلها، والله أعلم.

[فصل إن فرش مصلى له في مكان]

(١٣٧٣) فصل: وإن فرش مصلى له في مكان، ففيه وجهان: أحدهما، يجوز رفعه، والجلوس في موضعه، لأنه لا حرمة له، ولأن السبق بالأجسام، لا بالأوطئة والمصليات، ولأن تركه يفضي إلى أن صاحبه يتأخر، ثم يتخطى رقاب المصلين، ورفعه ينفي ذلك والثاني: لا يجوز؛ لأن؛ فيه افتياتا على صاحبه، ربما أفضى إلى الخصومة، ولأنه سبق إليه، فكان كمحتجر الموات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٩

[فصل يستحب الدنو من الإمام يوم الجمعة]

(١٣٧٤) فصل: ويستحب الدنو من الإمام؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من غسل واغتسل، وبكر، وابتكر، ومشى ولم يركب، ودنا من الإمام فاستمع، ولم يلغ، كان له بكل خطوة عمل سنة، أجر صيامها وقيامها» . رواه أبو داود، والنسائي، والترمذي، وابن ماجه. وهذا لفظه.

وعن سمرة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «احضروا الذكر، وادنوا من الإمام، فإن الرجل لا يزال يتباعد حتى يؤخر في الجنة، وإن دخلها» رواه أبو داود، ولأنه أمكن له من السماع.

[فصل الصلاة في المقصورة]

(١٣٧٥) فصل: وتكره الصلاة في المقصورة التي تحمى نص عليه أحمد، وروي عن ابن عمر أنه كان إذا حضرت الصلاة، وهو في المقصورة، خرج. وكرهه الأحنف، وابن محيريز، والشعبي، وإسحاق ورخص فيها أنس، والحسن، والحسين، والقاسم، وسالم، ونافع، لأنه مكان من الجامع، فلم تكره الصلاة فيه، كسائر المسجد.

ووجه الأول، أنه يمنع الناس من الصلاة فيه، كالمغصوب، فكره لذلك فأما إن كانت لا تحمى،". (١)

٤٠٩. ٦٩-"كان بينهم أكثر من فرسخ لم يجب عليهم السعي إليه، وحالهم معتبر بأنفسهم، فإن كانوا أربعين واجتمعت فيهم شرائط الجمعة، فعليهم إقامتها، وهم مخيرون بين السعي إلى المصر، وبين إقامتها في قريتهم، والأفضل إقامتها؛ لأنه متى سعى بعضهم أخل على الباقين الجمعة، وإذا أقاموا حضرها جميعهم، وفي إقامتها بموضعهم تكثير جماعات المسلمين.

وإن كانوا ممن لا تجب عليهم الجمعة بأنفسهم فهم مخيرون بين السعي إليها، وبين أن يصلوا ظهرا، والأفضل السعي إليها، لينال فضل الساعي إلى الجمعة ويخرج من الخلاف. والحال الثاني، أن يكون بينهم وبين المصر فرسخ فما دون، فينظر فيهم، فإن كانوا أقل من أربعين فعليهم السعي إلى الجمعة، لما قدمنا.

وإن كانوا ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم، وكان موضع الجمعة القريب منهم قرية أخرى، لم يلزمهم السعي إليها، وصلوا في مكانهم، إذ ليست إحدى القريتين بأولى من الأخرى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦١/٢

وإن أحبوا السعي إليها، جاز، والأفضل أن يصلوا في مكانهم، كما ذكرنا من قبل. فإن سعى بعضهم فنقص عدد الباقين، لزمهم السعي؛ لئلا يؤدي إلى ترك الجمعة ممن تجب عليه. وإن كان موضع الجمعة القريب مصرا، فهم مخيرون أيضا بين السعي إلى المصر، وبين إقامة الجمعة في مكانهم، كالتي قبلها. ذكره ابن عقيل. وعن أحمد، أن السعي يلزمهم، إلا أن يكون لهم عذر فيصلون جمعة. والأول **أصح**؛ لأن أهل القرية لا تنعقد بهم جمعة أهل المصر، فكان لهم إقامة الجمعة في مكانهم، كما لو سمعوا النداء من قرية أخرى، ولأن أهل القرى يقيمون الجمع في بلاد الإسلام، وإن كانوا قريبا من المصر، من غير نكير.

[فصل صلاة الجمعة بأقل من الأربعين]

(١٣٨٥) فصل: وإذا كان أهل المصر دون الأربعين، فجاءهم أهل القرية، فأقاموا الجمعة في المصر، لم يصح؛ لأن أهل القرية غير مستوطنين في المصر، وأهل المصر لا تنعقد بهم الجمعة لقلتهم. وإن كان أهل القرية ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم لزم أهل المصر السعي إليهم، لأنهم ممن بينه وبين موضع الجمعة أقل من فرسخ، فلزمهم السعي إليها، كما يلزم أهل القرية السعي إلى المصر إذا أقيمت به وكان أهل القرية دون الأربعين.

وإن كان في كل واحد منهما دون الأربعين، لم يجز إقامة الجمعة في واحد منهما.

[فصل من تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها]

(١٣٨٦) فصل: ومن تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة يجوز.

وسئل الأوزاعي عن مسافر يسمع أذان الجمعة، وقد أسرج دابته، فقال: ليمض في سفره؛ لأن عمر - رضي الله عنه - قال: الجمعة لا تحبس عن سفر. ولنا، ما روى ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من سافر من دار إقامة يوم الجمعة دعت عليه الملائكة، لا يصحب في سفره، ولا يعان على حاجته» رواه الدارقطني في الأفراد.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦٨

٤١٠. ٧٠-"[مسألة إذا فرغ الغاسل من غسل الميت نشفه بثوب]

(١٥١٦) مسألة؛ قال: (وينشفه بثوب، ويجمر أكفانه) وجملته أنه إذا فرغ الغاسل من غسل الميت، نشفه بثوب لئلا يبل أكفانه، وفي حديث أم سليم: " فإذا فرغت منها، فألقي عليها ثوبا نظيفا ".
وذكر القاضي في حديث ابن عباس، في غسل النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: فجففوه بثوب.
ومعنى تجمير أكفانه تبخيرها بالعود، وهو أن يترك العود على النار في مجمر، ثم يبخر به الكفن حتى تعبق رائحته، ويطيب، ويكون ذلك بعد أن يرش عليه ماء الورد، لتعلق الرائحة به.
وقد روي عن جابر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا جمرتم الميت فجمروه ثلاثا»
وأوصى أبو سعيد، وابن عمر، وابن عباس أن تجمر أكفانهم بالعود. وقال أبو هريرة: يجمر الميت.
ولأن هذا عادة الحي عند غسله، وتجمير ثيابه، أن يجمر بالطيب والعود، فكذلك الميت.

[مسألة يكفن الرجل في ثلاث لفائف بيض]

(١٥١٧) مسألة؛ قال: (ويكفن في ثلاثة أثواب بيض، يدرج فيها إدراجا، ويجعل الحنوط فيما بينها)
الأفضل عند إمامنا، - رحمه الله -، أن يكفن الرجل في ثلاث لفائف بيض، ليس فيها قميص ولا عمامة، ولا يزيد عليها ولا ينقص منها. قال الترمذي: والعمل عليها عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم. وهو مذهب الشافعي.
ويستحب كون الكفن أبيض؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كفن في ثلاثة أثواب بيض. ولقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «البسوا من ثيابكم البيض، فإنه أطهر وأطيب، وكفنوا فيه موتاكم» . رواه النسائي. وحكي عن أبي حنيفة، أن المستحب أن يكفن في إزار ورداء وقميص؛ لما روى ابن المغفل، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: كفن في قميصه. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ألبس عبد الله بن أبي قميصه، وكفنه به. رواه النسائي.
ولنا، قول عائشة - رضي الله عنها -: «كفن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ثلاثة أثواب بيض سحولية، ليس فيها قميص ولا عمامة» . متفق عليه. وهو أصح حديث روي في كفن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعائشة أقرب إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وأعرف بأحواله ولهذا لما ذكر لها قول الناس، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كفن في برد، قالت: قد أتي بالبرد، ولكنهم لم يكفنوه فيه، فحفظت ما أغفله غيرها. وقالت أيضا: «أدرج النبي - صلى الله عليه وسلم - في حلة

يمنية كانت لعبد الله بن أبي بكر، ثم نزعت عنه،". (١)

٤١١. ٧١-"والقاضي، أن القيام مستحب لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا رأى أحدكم الجنازة فليقم حين يراها، حتى تخلفه» رواه مسلم وقد ذكرنا: أن آخر الأمرين من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ترك القيام لها، والأخذ بالآخر من أمره أولى، فقد روي في حديث «أن يهوديا رأى النبي - صلى الله عليه وسلم - قام للجنازة، فقال: يا محمد: هكذا نصنع. فترك النبي - صلى الله عليه وسلم - القيام لها»

[فصل من يتبع الجنازة استحب له أن لا يجلس حتى توضع]

(١٥٤٥) فصل: ومن يتبع الجنازة استحب له أن لا يجلس حتى توضع، ممن رأى أن لا يجلس حتى توضع عن أعناق الرجال الحسن بن علي وابن عمر، وأبو هريرة، وابن الزبير، والنخعي، والشعبي، والأوزاعي، وإسحاق.

ووجه ذلك ما روى مسلم بإسناده عن أبي سعيد قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع» ورأى الشافعي أن هذا منسوخ بحديث علي ولا يصح؛ لأن قول علي يحتمل ما ذكره إسحاق والسبب الذي ذكرناه فيه، وليس في اللفظ عموم، فيعم الأمرين جميعا، فلم يجز النسخ بأمر محتمل، ولأن قول علي: قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم قعد. يدل على ابتداء فعل القيام، وها هنا إنما وجدت منه الاستدامة، إذا ثبت هذا، فأظهر الروايتين عن أحمد أنه أريد بالوضع وضعها عن أعناق الرجال، وهو قول من ذكرنا من قبل.

وقد روى الثوري الحديث: «إذا اتبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع بالأرض» ورواه أبو معاوية «حتى توضع في اللحد» وحديث سفيان أصح. فأما من تقدم الجنازة فلا بأس أن يجلس قبل أن تنتهي إليه.

قال الترمذي روي عن بعض أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - أنهم كانوا يتقدمون الجنازة، فيجلسون قبل أن تنتهي إليهم، فإذا جاءت الجنازة لم يقوموا لها. لما تقدم.

[مسألة أحق الناس بالصلاة على الميت]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٢

(١٥٤٦) مسألة؛ قال: (وأحق الناس بالصلاة عليه من أوصى له أن يصلي عليه) هذا مذهب أنس، وزيد بن أرقم وأبي برزة، وسعيد بن زيد، وأم سلمة، وابن سيرين وقال الثوري، وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي: الولي أحق، لأنها ولاية تترتب بترتب العصبات، فالولي فيها أولى، كولاية النكاح.
ولنا، إجماع الصحابة، - رضي الله عنهم -، روي أن أبا بكر أوصى أن يصلي عليه عمر قاله أحمد قال:". (١)

٤١٢. ٧٢-"وروي
عن علي أنه مر بقوم قد دفنوا ميتا، وبسطوا على قبره الثوب، فجذبه وقال: إنما يصنع هذا بالنساء.
وشهد أنس بن مالك دفن أبي زيد الأنصاري فخمر القبر بثوب فقال عبد الله بن أنس: ارفعوا الثوب، إنما يخمر قبر النساء، وأنس شاهد على شفير القبر لا ينكر.
ولأن المرأة عورة، ولا يؤمن أن يبدو منها شيء فيراه الحاضرون، فإن كان الميت رجلا كره ستر قبره. لما ذكرنا.
وكرهه عبد الله بن يزيد ولم يكرهه أصحاب الرأي وأبو ثور والأول أولى؛ لأن فعل علي - رضي الله عنه - وأنس يدل على كراهته، ولأن كشفه أمكن وأبعد من التشبه بالنساء، مع ما فيه من اتباع أصحاب رسول الله. - صلى الله عليه وسلم -

[مسألة أولى الناس بإدخال المرأة قبرها]
(١٥٨٢) مسألة: قال: (ويدخلها محرمها، فإن لم يكن فالنساء، فإن لم يكن فالمشايخ.) لا خلاف بين أهل العلم في أن أولى الناس بإدخال المرأة قبرها محرمها، وهو من كان يحل له النظر إليها في حياتها، ولها السفر معه، وقد روى الخلال بإسناده عن عمر - رضي الله عنه - أنه قام عند منبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين توفيت زينب بنت جحش فقال: ألا إني أرسلت إلى النسوة من يدخلها قبرها فأرسلن من كان يحل له الدخول عليها في حياتها. فرأيت أن قد صدقن. ولما توفيت امرأة عمر قال لأهلها: أنتم أحق بها ولأن محرمها أولى الناس بولايتها في الحياة، فكذلك بعد الموت. وظاهر كلام أحمد أن الأقارب يقدمون على الزوج. قال الخلال: استقامت الرواية عن أبي عبد الله أنه إذا حضر

---
(١) المغني لابن قدامة ٣٥٨/٢

الأولياء والزوج، فالأولياء أحب إليه، فإن لم يكن الأولياء فالزوج أحق من الغريب؛ لما ذكرنا من خبر عمر. ولأن الزوج قد زالت زوجيته بموتها، والقرابة باقية.

وقال القاضي: الزوج أحق من الأولياء، لأن أبا بكر أدخل امرأته قبرها دون أقاربها، ولأنه أحق بغسلها منهم، فكان أولى بإدخالها قبرها، كمحل الوفاق، وأيهما قدم فالآخر بعده. فإن لم يكن واحد منهما، فقد روي عن أحمد أنه قال: أحب إلي أن يدخلها النساء؛ لأنه مباح لهن النظر إليها، وهن أحق بغسلها.

وعلى هذا يقدم الأقرب منهن فالأقرب، كما في حق الرجل.

وروي عنه أن النساء لا يستطعن أن يدخلن القبر، ولا يدفن.

وهذا أصح وأحسن؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حين ماتت ابنته أمر أبا طلحة فنزل في قبرها. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «أيكم لم يقارف الليلة؟ قال أبو طلحة: أنا. فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - فنزل فأدخلها قبرها» رواه البخاري ورأى النبي - صلى الله عليه وسلم - النساء في جنازة، فقال: " هل تحملن؟ " قلن: لا. قال: " هل تدلين في من". (١)

٤١٣. ٧٣-"- صلى الله عليه وسلم - كبر سبعا، ومعلوم أنه لم يرو أنه قرأ قراءتين.

والأول أصح؛ لأن الثانية وما بعدها جنائز، فيعتبر في الصلاة عليهن شروط الصلاة وواجباتها، كالأولى.

[مسألة موقف الإمام في صلاة الجنازة]

(١٦١١) مسألة: قال: (والإمام يقوم عند صدر الرجل ووسط المرأة) ، لا يختلف المذهب في أن السنة أن يقوم الإمام في صلاة الجنازة حذاء وسط المرأة، وعند صدر الرجل أو عند منكبيه، وإن وقف في غير هذا الموقف خالف سنة الموقف، وأجزأه.

وهذا قول إسحاق، ونحوه قول الشافعي إلا أن بعض أصحابه قال: يقوم عند رأس الرجل. وهو مذهب أبي يوسف، ومحمد؛ لما روي عن أنس «أنه صلى على رجل، فقام عند رأسه، ثم صلى على امرأة فقام حيال وسط السرير، فقال له العلاء بن زياد: هكذا رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٧٤

– قام على الجنازة مقامك منها، ومن الرجل مقامك منه؟ قال: نعم. فلما فرغ، قال: احفظوا» . قال الترمذي: هذا حديث حسن. وقال أبو حنيفة: يقوم عند صدر الرجل والمرأة؛ لأنهما سواء، فإذا وقف عند صدر الرجل فكذا المرأة.

وقال مالك: يقف من الرجل عند وسطه؛ لأنه يروى مثل هذا عن ابن مسعود، ويقف من المرأة عند منكبيها؛ لأن الوقوف عند أعاليها أمثل وأسلم.

ولنا، ما روى سمرة، قال: «صليت وراء النبي – صلى الله عليه وسلم – على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها» . متفق عليه. وحديث أنس الذي ذكرناه، والمرأة تخالف الرجل في الموقف، فجاز أن تخالفه هاهنا. ولأن قيامه عند وسط المرأة أستر لها من الناس، فكان أولى.

فأما قول من قال: يقف عند رأس الرجل فغير مخالف لقول من قال بالوقوف عند الصدر؛ لأنهما متقاربان، فالواقف عند أحدهما واقف عند الآخر، والله أعلم.

[فصل اجتمع جنائز رجال ونساء]

(١٦١٢) فصل: فإن اجتمع جنائز رجال ونساء، فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما، يسوي بين رءوسهم. وهذا اختيار القاضي، وقول إبراهيم وأهل مكة، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه يروى عن ابن عمر، أنه كان يسوي بين رءوسهم.

وروى سعيد، بإسناده عن الشعبي، أن أم كلثوم بنت علي وابنها زيد بن عمر توفيا جميعا، فأخرجت جنازتاهما، فصلى عليهما أمير المدينة، فسوى بين رءوسهما وأرجلهما حين صلى عليهما

وبإسناده عن حبيب بن أبي ثابت، قال: قدم سعيد بن جبير على أهل مكة، وهم يسوون بين الرجل والمرأة إذا صلي عليهما، فأرادهم على أن يجعلوا رأس المرأة عند وسط الرجل، فأبوا عليه.". (١)

٤١٤. ٧٤-"إذا تقرر هذا فإنه إن لم يكن لها مال، فعلى من تلزمه نفقتها من الأقارب، فإن لم يكن ففي بيت المال، كمن لا زوج لها.

[مسألة السقط إذا ولد لأكثر من أربعة أشهر غسل وصلي عليه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٦/٢

(١٦١٧) مسألة: قال: والسقط إذا ولد لأكثر من أربعة أشهر، غسل، وصلي عليه. السقط: الولد تضعه المرأة ميتا، أو لغير تمام، فأما إن خرج حيا واستهل، فإنه يغسل ويصلى عليه، بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الطفل إذا عرفت حياته واستهل صلي عليه. وإن لم يستهل، فقال أحمد: إذا أتى له أربعة أشهر غسل وصلي عليه.

وهذا قول سعيد بن المسيب، وابن سيرين، وإسحاق، وصلى ابن عمر على ابن لابنته ولد ميتا. وقال الحسن، وإبراهيم، والحكم وحماد، ومالك، والأوزاعي وأصحابالرأي: لا يصلى عليه حتى يستهل. وللشافعي قولان كالمذهبين؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الطفل لا يصلى عليه، ولا يرث، ولا يورث، حتى يستهل» رواه الترمذي، ولأنه لم يثبت له حكم الحياة ولا يرث ولا يورث، فلا يصلى عليه، كمن دون أربعة أشهر.

ولنا، ما روى المغيرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «والسقط يصلى عليه» رواه أبو داود والترمذي وفي لفظ رواية الترمذي: (والطفل يصلى عليه) وقال: هذا حديث حسن صحيح،

وذكره أحمد واحتج به، وبحديث أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - قال: ما أحد أحق أن يصلى عليه من الطفل، ولأنه نسمة نفخ فيه الروح فيصلى عليه كالمستهل، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخبر في حديثه الصادق المصدوق، أنه ينفخ فيه الروح لأربعة أشهر. وحديثهم، قال الترمذي: قد اضطرب الناس فيه، فرواه بعضهم موقوفا. قال الترمذي: كأن هذا **أصح** من المرفوع.

وأما الإرث فلأنه لا تعلم حياته حال موت مورثه، وذلك من شرط الإرث. والصلاة من شرطها أن تصادف من كانت فيه حياة، وقد علم ذلك بما ذكرنا من الحديث، ولأن الصلاة عليه دعاء له ولوالديه، وخير، فلا يحتاج فيها إلى الاحتياط واليقين؛ لوجود الحياة، بخلاف الميراث. فأما من لم يأت له أربعة أشهر، فإنه لا يغسل، ولا يصلى عليه، ويلف في خرقة، ويدفن. ولا نعلم فيه خلافا، إلا عن ابن سيرين، فإنه قال: يصلى عليه إذا علم أنه نفخ فيه الروح وحديث الصادق المصدوق يدل على أنه لا ينفخ فيه الروح إلا بعد أربعة أشهر، وقبل ذلك فلا يكون نسمة، فلا يصلى عليه، كالجمادات والدم.

[مسألة إن لم يتبين السقط أذكر هو أم أنثى سمي اسما يصلح للذكر والأنثى]

(١٦١٨) مسألة: قال: (فإن لم يتبين، أذكر هو أم أنثى، سمي اسما يصلح للذكر والأنثى) هذا على سبيل الاستحباب؛ لأنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «سموا أسقاطكم، فإنهم".

(١)

٤١٥. ٧٥-"ولا تقربوه طيبا، ويكون الكفن من جميع المال. وقال أحمد في موضع: يصب عليه الماء صبا، ولا يغسل كما يغسل الحلال.

وإنما كره عرك رأسه، ومواضع الشعر، كي لا يتقطع شعره. واختلف عنه في تغطية رجليه، فروى حنبل عنه: لا تغطى رجلاه. وهو الذي ذكره الخرقي. وقال الخلال: لا أعرف هذا في الأحاديث، ولا رواه أحد عن أبي عبد الله غير حنبل، وهو عندي وهم من حنبل، والعمل على أنه يغطى جميع المحرم، إلا رأسه، لأن إحرام الرجل في رأسه، ولا يمنع من تغطية رجليه في حياته، فكذلك في مماته.

واختلفوا عن أحمد في تغطية وجهه، فنقل عنه إسماعيل بن سعيد: لا يغطى وجهه؛ لأن في بعض الحديث: «ولا تخمروا رأسه ولا وجهه» . ونقل عنه سائر أصحابه: لا بأس بتغطية وجهه؛ لحديث ابن عباس الذي رويناه، وهو أصح ما روي فيه، وليس فيه إلا المنع من تغطية الرأس، ولأن إحرام الرجل في رأسه، ولا يمنع من تغطية وجهه في الحياة، فبعد الموت أولى، ولم ير أن يلبس المحرم المخيط بعد موته، كما لا يلبسه في حياته. وإن كان الميت امرأة محرمة، ألبست القميص، وخمرت، كما تفعل ذلك في حياتها، ولم تقرب طيبا؛ لأنه يحرم عليها في حياتها، فكذلك بعد موتها.

[مسألة إن سقط من الميت شيء غسل وجعل معه في أكفانه]

(١٦٤٠) مسألة؛ قال: (وإن سقط من الميت شيء غسل، وجعل معه في أكفانه) وجملته أنه إذا بان من الميت شيء، وهو موجود، غسل، وجعل معه في أكفانه. قاله ابن سيرين، ولا نعلم فيه خلافا، وقد روي عن أسماء، أنها غسلت ابنها، فكانت تنزعه أعضاء، كلما غسلت عضوا طيبته، وجعلته في كفنه. ولأن في ذلك جمع أجزاء الميت في موضع واحد، وهو أولى من تفريقها.

[فصل إن لم يوجد إلا بعض الميت يغسل ويصلى عليه]

(١٦٤١) فصل: فإن لم يوجد إلا بعض الميت، فالمذهب أنه يغسل، ويصلى عليه. وهو قول الشافعي. ونقل ابن منصور عن أحمد، أنه لا يصلى على الجوارح. قال الخلال: ولعله قول قديم لأبي عبد الله، والذي استقر عليه قول أبي عبد الله أنه يصلى على الأعضاء. وقال أبو حنيفة، ومالك: إن وجد

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٨٩

الأكثر". (١)

٤١٦. ٧٦-"ما لم تدل للغروب. فلا. وتجوز الصلاة على الميت في غير هذه الأوقات. روي ذلك عن ابن عمر، وعطاء، والنخعي، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأصحابالرأي.
وحكي عن أحمد أن ذلك جائز. وهو قول للشافعي، قياسا على ما بعد الفجر والعصر. والأول أصح؛ لحديث عقبة بن عامر، ولا يصح القياس على الوقتين الآخرين؛ لأن مدتهما تطول، فيخاف على الميت فيهما، ويشق انتظار خروجهما، بخلاف هذه. وكره أحمد أيضا دفن الميت في هذه الأوقات، لحديث عقبة. فأما الصلاة على القبر والغائب، فلا يجوز في شيء من أوقات النهي؛ لأن علة تجويزها على الميت معللة بالخوف عليه، وقد أمن ذلك هاهنا، فيبقى على أصل المنع، والعمل بعموم النهي

[فصل حكم الدفن ليلا]
(١٦٦٩) فصل: فأما الدفن ليلا، فقال أحمد: وما بأس بذلك. وقال: أبو بكر دفن ليلا، وعلي دفن فاطمة ليلا، وحديث عائشة: كنا سمعنا صوت المساحي من آخر الليل في دفن النبي - صلى الله عليه وسلم -.
وممن دفن ليلا: عثمان، وعائشة، وابن مسعود. ورخص فيه عقبة بن عامر، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وكرهه الحسن؛ لما روى مسلم، في " صحيحه "، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خطب يوما، فذكر رجلا من أصحابه قبض، فكفن في كفن غير طائل، ودفن ليلا، فزجر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يقبر الرجل بالليل إلا أن يضطر الإنسان إلى ذلك» .
وقد روي عن أحمد أنه قال: إليه أذهب.
ولنا، ما روى ابن مسعود، قال: «والله لكأني أسمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في غزوة تبوك، وهو في قبر ذي النجادين، وأبو بكر وعمر، وهو يقول: أدنيا مني أخاكما حتى أسنده في لحده. ثم قال لما فرغ من دفنه، وقام على قبره مستقبل القبلة: اللهم إني أمسيت عنه راضيا، فارض عنه. وكان ذلك ليلا، قال: فوالله لقد رأيتني ولوددت أني مكانه، ولقد أسلمت قبله بخمس عشرة سنة، وأخذه من قبل القبلة.» رواه الخلال، في " جامعه ".

---
(١) المغني لابن قدامة ٤٠١/٢

وروى ابن عباس «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل قبرا ليلا، فأسرج له سراج، فأخذ من قبل القبلة، وقال: رحمك الله، إن كنت لأواها، تلاء للقرآن.» قال الترمذي: هذا حديث حسن. وروي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «سأل عن رجل، فقال: من هذا؟ قالوا: فلان، دفن البارحة. فصلى عليه» .". (١)

٤١٧. ٧٧-"والحر مما يلي الإمام، والمملوك أمام ذلك. فإن اجتمع حر صغير وعبد كبير، قال أحمد، في رواية الحسن بن محمد، في غلام حر وشيخ عبد: يقدم الحر إلى الإمام. هذا اختيار الخلال، وغلط من روى خلاف ذلك، واحتج بقول علي: الحر مما يلي الإمام، والمملوك وراء ذلك.

ونقل أبو الحارث: يقدم أكبرهما إلى الإمام، وهو أصح إن شاء الله تعالى؛ لأنه يقدم في الصف في الصلاة. وقول علي أراد به إذا تساويا في الكبر والصغر، بدليل أنه قال: والكبير مما يلي الإمام، والصغير أمام ذلك.

(١٦٧٦) فصل: فإن كانوا نوعا واحدا، قدم إلى الإمام أفضلهم؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يوم أحد يدفن الاثنين والثلاثة في القبر الواحد، ويقدم أكثرهم أخذا للقرآن.» ولأن الأفضل يقدم في صف المكتوبة، فيقدم هاهنا، كالرجال مع المرأة. وقد دل على الأصل قوله عليه السلام: «ليلني منكم أولوا الأحلام والنهى.» وإن تساووا في الفضل، قدم الأكبر فالأكبر. فإن تساووا قدم السابق. وقال القاضي: يقدم السابق وإن كان صبيا، ولا تقدم المرأة وإن كانت سابقة؛ لموضع الذكورية، فإن تساووا قدم الإمام من شاء منهم، فإن تشاح الأولياء في ذلك أقرع بينهم.

[فصل الصلاة على الجنائز دفعة واحدة]

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في جواز الصلاة على الجنائز، دفعة واحدة، وإن أفرد كل جنازة بصلاة جاز، وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أنه صلى على حمزة مع غيره» . وقال حنبل: صليت مع أبي عبد الله على جنازة امرأة منفوسة، فصلى أبو إسحاق على الأم، واستأمر أبا عبد الله، وقال: صل على ابنتها المولودة أيضا؟ قال أبو عبد الله: لو أنهما وضعا جميعا كانت صلاتهما واحدة، تصير إذا كانت أنثى عن يمين المرأة، وإذا كان ذكرا عن يسارها. وقال بعض أصحابنا : إفراد

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٤

كل جنازة بصلاة أفضل، ما لم يريدوا المبادرة.
وظاهر كلام أحمد في هذه الرواية التي ذكرناها، أنه أفضل في الإفراد، وهو ظاهر حال السلف؛ فإنه لم ينقل عنهم ذلك.

[مسألة دفن الجماعة في القبر]
(١٦٧٨) مسألة؛ قال: (وإن دفنوا في قبر يكون الرجل ما يلي القبلة، والمرأة خلفه، والصبي خلفهما، ويجعل بين كل اثنين حاجزا من تراب) وجملته أنه إذا دفن الجماعة في القبر، قدم الأفضل منهم إلى القبلة، ثم الذي يليه في الفضيلة، على حسب تقديمهم إلى الإمام في الصلاة سواء، على ما ذكرنا في المسألة قبل هذه؛ لما روى هشام بن عامر،". (١)

٤١٨. ٧٨-"يخرج منها أربع حقاق وخمس بنات لبون، جاز، وإن احتاج إلى تشقيص، كزكاة المائتين، لم يجز؛ لأنه لا يمكنه ذلك إلا بالتشقيص. وقيل: يحتمل أن يجوز، على قياس قول أصحابنا : ويجوز أن يعتق نصفي عبدين في الكفارة. وهذا غير صحيح؛ فإن الشرع لم يرد بالتشقيص في زكاة السائمة إلا من حاجة، ولذلك جعل لها أوقاصا، دفعا للتشقيص عن الواجب فيها، وعدل فيها دون خمس وعشرين من الإبل عن إيجاب الإبل إلى إيجاب الغنم، فلا يجوز القول بتجويزه مع إمكان العدول عنه إلى إيجاب فريضة كاملة.
وإن وجد أحد الفرضين كاملا والآخر ناقصا، لا يمكنه إخراجه إلا بجبران معه، مثل أن يجد في المائتين خمس بنات لبون وثلاث حقاق، تعين أخذ الفريضة الكاملة؛ لأن الجبران بدل يشترط له عدم المبدل. وإن كانت كل واحدة تحتاج إلى جبران، مثل أن يجد أربع بنات لبون وثلاث حقاق، فهو مخير أيهما شاء أخرج مع الجبران، إن شاء أخرج بنات اللبون وحقة وأخذ بالجبران، وإن شاء أخرج الحقاق وبنت اللبون مع جبرانها. فإن قال: خذوا مني حقة وثلاث بنات لبون مع الجبران. لم يجز؛ لأنه يعدل عن الفرض مع وجوده إلى الجبران.
ويحتمل الجواز؛ لأنه لا بد من الجبران. وإن لم يوجد إلا حقة وأربع بنات لبون، أداها وأخذ الجبران، ولم يكن له دفع ثلاث بنات لبون مع الجبران، في **أصح** الوجهين. وإن كان الفرضان معدومين، أو

---
(١) المغني لابن قدامة ٤١٩/٢

معيبين، فله العدول عنهما مع الجبران، فإن شاء أخرج أربع جذعات وأخذ ثماني شياه أو ثمانين درهما، وإن شاء دفع خمس بنات مخاض ومعها عشر شياه أو مائة درهم.

وإن أحب أن ينقل عن الحقاق إلى بنات المخاض، أو عن بنات اللبون إلى الجذاع، لم يجز؛ لأن الحقاق وبنات اللبون منصوص عليهن في هذا المال، فلا يصعد إلى الحقاق بجبران، ولا ينزل إلى بنات اللبون بجبران.

[مسألة وجبت عليه حقة وليست عنده]

(١٧٠٢) مسألة: قال: (ومن وجبت عليه حقة وليست عنده، وعنده ابنة لبون، أخذت منه ومعها شاتان أو عشرون درهما، ومن وجبت عليه ابنة لبون، وليست عنده، وعنده حقة، أخذت منه وأعطي الجبران شاتين أو عشرين درهما) المذهب في هذا أنه متى وجبت عليه سن وليست عنده، فله أن يخرج سنا أعلى منها، ويأخذ شاتين أو عشرين درهما، أو سنا أنزل منها ومعها شاتين أو عشرين درهما، إلا ابنة مخاض ليس له أن يخرج أنزل منها؛ لأنها أدنى سن تجب في الزكاة، أو جذعة.

فلا يخرج أعلى منها، إلا أن يرضى رب المال بإخراجها لا جبران معها، فتقبل منه. والاختيار في الصعود والنزول، والشياه والدراهم، إلى رب المال. وبهذا قال النخعي، والشافعي، وابن المنذر. واختلف فيه عن إسحاق. وقال الثوري: يخرج شاتين أو عشرة دراهم؛ لأن الشاة في الشرع متقومة بخمسة دراهم، بدليل أن نصابها أربعون،". (١)

٤١٩. ٧٩-"فيدخل في مطلق الخبر. وعنه لا زكاة فيها.

وهي **أصح**، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن اسم البقر عند الإطلاق لا ينصرف إليها، ولا يفهم منه، إذا كانت لا تسمى بقرا بدون الإضافة، فيقال: بقر الوحش. ولأن وجود نصاب منها موصوفا بصفة السوم حولا لا وجود له، ولأنها حيوان لا يجزئ نوعه في الأضحية والهدي، فلا تجب فيه الزكاة، كالظباء، ولأنها ليست من بهيمة الأنعام، فلا تجب فيها الزكاة، كسائر الوحوش، وسر ذلك أن الزكاة إنما وجبت في بهيمة الأنعام دون غيرها، لكثرة النماء فيها من درها ونسلها، وكثرة الانتفاع بها، لكثرتها وخفة مئونتها، وهذا المعنى يختص بها، فاختصت الزكاة بها دون غيرها، ولا تجب الزكاة في الظباء، رواية

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٨

واحدة؛ لعدم تناول اسم الغنم لها.

[فصل الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي]

(١٧١٣) فصل: قال أصحابنا : تجب الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي، سواء كانت الوحشية الفحول أو الأمهات. وقال مالك، وأبو حنيفة: إن كانت الأمهات أهلية وجبت الزكاة فيها، وإلا فلا؛ لأن ولد البهيمة يتبع أمه. وقال الشافعي: لا زكاة فيها؛ لأنها متولدة من وحشي، أشبه المتولد من وحشيين. واحتج أصحابنا بأنها متولدة بين ما تجب فيه الزكاة، وما لا تجب فيه، فوجبت فيها الزكاة، كالمتولدة بين سائمة ومعلوفة.

وزعم بعضهم أن غنم مكة متولدة من الظباء والغنم، وفيها الزكاة بالاتفاق، فعلى هذا القول تضم إلى جنسها من الأهلي في وجوب الزكاة، وتكمل بها نصابه، وتكون كأحد أنواعه، والقول بانتفاء الزكاة فيها **أصح**؛ لأن الأصل انتفاء الوجوب، وإنما ثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص في هذه ولا إجماع، إنما هو في بهيمة الأنعام من الأزواج الثمانية، وليست هذه داخلة في أجناسها، ولا حكمها، ولا حقيقتها، ولا معناها.

فإن المتولد بين شيئين ينفرد باسمه وجنسه وحكمه عنهما، كالبغل المتولد بين الفرس والحمار، والسبع المتولد بين الذئب والضبع، والعسبار المتولد بين الضبعان والذئبة، فكذلك المتولد بين الظباء والمعز ليس بمعز ولا ظبي، ولا يتناوله نصوص الشارع، ولا يمكن قياسه عليها، لتباعد ما بينهما، واختلاف حكمهما، في كونه لا يجزئ في هدي ولا أضحية ولا دية، ولو أسلم في الغنم لم يتناوله العقد، ولو وكل وكيلا في شراء شاة، لم يدخل في الوكالة، ولا يحصل منه ما يحصل من الشياه؛ من الدر، وكثرة النسل، بل الظاهر أنه لا ينسل له أصلا، فإن المتولد بين ثنتين لا نسل له كالبغال، وما لا نسل له لا در فيه، فامتنع". (١)

٤٢٠. ٨٠-"وواحدة، فليس فيها شيء، حتى تبلغ أربعمائة شاة، ففيها أربع شياه ". وهذا نص لا يجوز خلافه إلا بمثله أو أقوى منه، وتحديد النصاب لاستقرار الفريضة، لا للغاية، والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٥

[مسألة لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار]

(١٧١٦) مسألة: قال: (ولا يؤخذ في الصدقة تيس، ولا هرمة، ولا ذات عوار) ذات العوار: المعيبة. وهذه الثلاث لا تؤخذ لدناءتها، فإن الله تعالى قال: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولا يخرج في الصدقة هرمة، ولا ذات عوار، ولا تيس، إلا ما شاء المصدق» . وقد قيل: لا يؤخذ تيس الغنم، وهو فحلها لفضيلته.

وكان أبو عبيد يروي الحديث: " إلا ما شاء المصدق ". بفتح الدال. يعني صاحب المال، فعلى هذا يكون الاستثناء في الحديث راجعا إلى التيس وحده. وذكر الخطابي أن جميع الرواة يخالفونه في هذا، فيروونه: " المصدق " بكسر الدال، أي العامل. وقال: التيس لا يؤخذ؛ لنقصه، وفساد لحمه، وكونه ذكرا، وعلى هذا لا يأخذ المصدق، وهو الساعي، أحد هذه الثلاثة، إلا أن يرى ذلك، بأن يكون جميع النصاب من جنسه فيكون له أن يأخذ من جنس المال فيأخذ هرمة، وهي الكبيرة من الهرمات، وذات عوار من أمثالها، وتيسا من التيوس.

وقال مالك والشافعي إن رأى المصدق أن أخذ هذه الثلاثة خير له، وأنفع للفقراء، فله أخذه؛ لظاهر الاستثناء. ولا يختلف المذهب أنه ليس له أخذ الذكر في شيء من الزكاة، إذا كان في النصاب إناث، في غير أتبعة البقر وابن اللبون، بدلا عن بنت مخاض إذا عدمها. وقال أبو حنيفة: يجوز إخراج الذكر من الغنم الإناث؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «في أربعين شاة شاة» . ولفظ الشاة يقع على الذكر والأنثى، ولأن الشاة إذا أمر بها مطلقا، أجزأ فيها الذكر، كالأضحية والهدي.

ولنا، أنه حيوان تجب الزكاة في عينه، فكانت الأنوثة معتبرة في فرضه، كالإبل، والمطلق يتقيد بالقياس على سائر النصب، والأضحية غير معتبرة بالمال، بخلاف مسألتنا. فإن قيل: فما فائدة تخصيص التيس بالنهي إذا؟ قلنا: لأنه لا يؤخذ عن الذكور أيضا، فلو ملك أربعين ذكرا وفيها تيس معد للضراب، لم يجز أخذه؛ إما لفضيلته، فإنه لا يعد للضراب إلا أفضل الغنم وأعظمها، وإما لدناءته وفساد لحمه. ويجوز أن يمنع من أخذه للمعنيين جميعا. وإن كان النصاب كله ذكورا، جاز إخراج الذكر في الغنم وجها واحدا، وفي البقر في أصح الوجهين، وفي الإبل وجهان.

والفرق بين النصب الثلاثة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نص على الأنثى في فرائض الإبل والبقر، وأطلق الشاة الواجبة، وقال في الإبل «من لم يجد بنت مخاض، أخرج ابن لبون ذكرا» . ومن حيث المعنى أن الإبل يتغير فرضها بزيادة السن، فإذا جوزنا إخراج الذكر أفضى إلى التسوية بين

الفريضتين؛ لأنه يخرج ابن لبون عن خمس وعشرين، ويخرجه عن ستة وثلاثين، وهذا المعنى يختص الإبل.

فإن قيل: فالبقر أيضا يأخذ منها تبيعا عن ثلاثين، وتبيعا عن أربعين إذا كانت أتبعة كلها، وقلنا: تؤخذ الصغيرة". (١)

٤٢١. ٨١-"في النصاب وهو سبب، فضمه إليه في الحول الذي هو شرط أولى.

وبيان ذلك أنه لو كان عنده مائتا درهم، مضى عليها نصف الحول، فوهب له مائة أخرى، فإن الزكاة تجب فيها إذا تم حولها، بغير خلاف، ولولا المائتان ما وجب فيها شيء، فإذا ضمت إلى المائتين في أصل الوجوب فكذلك في وقته، ولأن إفراده بالحول يفضي إلى تشقيص الواجب في السائمة، واختلاف أوقات الواجب، والحاجة إلى ضبط مواقيت التملك، ومعرفة قدر الواجب في كل جزء ملكه، ووجوب القدر اليسير الذي لا يتمكن من إخراجه، ثم يتكرر ذلك في كل حول ووقت، وهذا حرج مدفوع بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] .

وقد اعتبر الشرع ذلك بإيجاب غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الإبل، وجعل الأوقاص في السائمة، وضم الأرباح والنتاج إلى حول أصلها مقرونا بدفع هذه المفسدة، فيدل على أنه علة لذلك، فيجب تعدية الحكم إلى محل النزاع. وقال مالك كقوله في السائمة؛ دفعا للتشقيص في الواجب، وكقولنا في الأثمان؛ لعدم ذلك فيها. ولنا، حديث عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» .

وروى الترمذي، عن ابن عمر، أنه قال: من استفاد مالا، فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول. وروي مرفوعا عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إلا أن الترمذي قال: الموقوف أصح، وإنما رفعه عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم، وهو ضعيف. وقد روي عن أبي بكر الصديق وعلي وابن عمر وعائشة وعطاء وعمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي أنه لا زكاة في المستفاد حتى يحول عليه الحول.

ولأنه مملوك أصلا، فيعتبر فيه الحول شرطا، كالمستفاد من غير الجنس، ولا تشبه هذه الأموال الزروع والثمار، لأنها تتكامل ثمارها دفعة واحدة، ولهذا لا تتكرر الزكاة فيها، وهذه نماؤها بنقلها، فاحتاجت إلى الحول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٨/٢

وأما الأرباح والنتاج، فإنما ضمت إلى أصلها؛ لأنها تبع له، ومتولدة منه، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، وإن سلمنا أن علة ضمها، ما ذكروه من الحرج، فلا يوجد ذلك في مسألتنا؛ لأن الأرباح تكثر وتتكرر في الأيام والساعات، ويعسر ضبطها، وكذلك النتاج، وقد يوجد ولا يشعر به، فالمشقة فيه أتم، لكثرة تكرره، بخلاف هذه الأسباب المستقلة، فإن الميراث والاغتنام والاتهاب ونحو ذلك يندر ولا يتكرر، فلا يشق ذلك فيه، وإن شق فهو دون المشقة في الأرباح والنتاج، فيمتنع قياسه عليه.

واليسر فيما ذكرنا أكثر؛ لأن الإنسان يتخير بين التأخير والتعجيل، وما ذكروه". (١)

٤٢٢. ٨٢-"[فصل دفع الزكاة إلى الكبير والصغير]

(١٧٦٥) فصل: ويجوز دفع الزكاة إلى الكبير والصغير، سواء أكل الطعام أو لم يأكل. قال أحمد يجوز أن يعطي زكاته في أجر رضاع لقيط غيره، هو فقير من الفقراء. وعنه: لا يجوز دفعها إلا إلى من أكل الطعام. قال المروذي: كان أبو عبد الله لا يرى أن يعطى الصغير من الزكاة، إلا أن يطعم الطعام. والأول أصح؛ لأنه فقير، فجاز الدفع إليه، كالذي طعم، ولأنه يحتاج إلى الزكاة لأجر رضاعه وكسوته وسائر حوائجه، فيدخل في عموم النصوص، ويدفع الزكاة إلى وليه؛ لأنه يقبض حقوقه، وهذا من حقوقه. فإن لم يكن له ولي دفعها إلى من يعنى بأمره، ويقوم به من أمه أو غيرها. نص عليه أحمد وكذلك المجنون، قال هارون الحمال: قلت لأحمد فكيف يصنع بالصغار؟ قال: يعطى أولياؤهم. فقلت: ليس لهم ولي، قال: فيعطى من يعنى بأمرهم من الكبار فرخص في ذلك. وقال مهنا: سألت أبا عبد الله يعطى من الزكاة المجنون، والذاهب عقله؟ قال: نعم. قلت: من يقبضها له؟ قال: وليه. قلت: ليس له ولي؟ قال الذي يقوم عليه. وإن دفعها إلى الصبي العاقل، فظاهر كلام أحمد أنه يجزئه.

قال المروذي قلت لأحمد يعطى غلام يتيم من الزكاة؟ قال: نعم. قلت: فإني أخاف أن يضيعه. قال: يدفعه إلى من يقوم بأمره. وقد روى الدارقطني، بإسناده عن أبي جحيفة، قال: «بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فينا ساعيا، فأخذ الصدقة من أغنيائنا فردها في فقرائنا» وكنت غلاما يتيما لا مال لي، فأعطاني قلوصا.

[فصل دفع الزكاة إلى من يظنه فقيرا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٩/٢

(١٧٦٦) فصل: وإذا دفع الزكاة إلى من يظنه فقيرا، لم يحتج إلى إعلامه أنها زكاة. قال الحسن أتريد أن تقرعه، لا تخبره؟ وقال أحمد بن الحسين: قلت لأحمد: يدفع الرجل الزكاة إلى الرجل، فيقول: هذا من الزكاة. أو يسكت؟ قال: ولم يبكته بهذا القول؟ يعطيه ويسكت، وما حاجته إلى أن يقرعه؟ .

[مسألة لا يعطى من الصدقة المفروضة للوالدين]

(١٧٦٧) مسألة: قال: (ولا يعطى من الصدقة المفروضة للوالدين، وإن علوا، ولا للولد، وإن سفل) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الزكاة لا يجوز دفعها إلى الوالدين، في الحال التي يجبر الدافع إليهم على النفقة عليهم، ولأن دفع زكاته إليهم تغنيهم عن نفقته، وتسقطها عنه، ويعود نفعها إليه، فكأنه دفعها إلى نفسه، فلم تجز، كما لو قضى بها دينه، وقول الخرقي " للوالدين " يعني الأب والأم. وقوله: " وإن علوا " يعني آباءهما وأمهاتهما، وإن ارتفعت درجتهم من الدافع، كأبوي الأب، وأبوي". (١)

٤٢٣. ٨٣-"والأول **أصح**؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠] . " وإنما " للحصر والإثبات، تثبت المذكور، وتنفي ما عداه، والخبر المذكور.

قال أبو داود: سمعت أحمد، وسئل: يكفن الميت من الزكاة؟ قال: لا، ولا يقضى من الزكاة دين الميت. وإنما لم يجز دفعها في قضاء دين الميت؛ لأن الغارم هو الميت ولا يمكن الدفع إليه، وإن دفعها إلى غريمه صار الدفع إلى الغريم لا إلى الغارم. وقال أيضا: يقضى من الزكاة دين الحي، ولا يقضى منها دين الميت؛ لأن الميت لا يكون غارما. قيل: فإنما يعطي أهله.

قال: إن كانت على أهله فنعم.

[فصل إذا أعطى الزكاة لمن يظنه فقيرا فبان غنيا]

(١٧٩١) فصل: وإذا أعطى من يظنه فقيرا فبان غنيا. فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما، يجزئه. اختارها أبو بكر. وهذا قول الحسن وأبي عبيد وأبي حنيفة «؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى الرجلين الجلدين، وقال: إن شئتما أعطيتكما منها، ولا حظ فيها لغني، ولا لقوي مكتسب» .

وقال للرجل الذي سأله الصدقة «إن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» . ولو اعتبر حقيقة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٨٢

الغنى لما اكتفى بقولهم. وروى أبو هريرة، عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «قال رجل لأتصدقن بصدقة، فخرج بصدقته، فوضعها في يد غني، فأصبحوا يتحدثون: تصدق على غني فأتي فقيل له: أما صدقتك فقد قبلت، لعل الغني أن يعتبر فينفق مما أعطاه الله» . متفق عليه.

والرواية الثانية، لا يجزئه؛ لأنه دفع الواجب إلى غير مستحقه، فلم يخرج من عهدته، كما لو دفعها إلى كافر، أو ذي قرابته، وكديون الآدميين. وهذا قول الثوري والحسن بن صالح وأبي يوسف وابن المنذر وللشافعي قولان كالروايتين.

فأما إن بان الآخذ عبدا، أو كافرا، أو هاشميا، أو قرابة للمعطي ممن لا يجوز الدفع إليه، لم يجزه، رواية واحدة؛ لأنه ليس بمستحق، ولا تخفى حاله غالبا، فلم يجزه الدفع إليه، كديون الآدميين، وفارق من بان غنيا؛ بأن الفقر والغنى مما يعسر الاطلاع عليه والمعرفة بحقيقته، قال الله تعالى: ﴿يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم﴾ [البقرة: ٢٧٣] .

فاكتفى بظهور الفقر، ودعواه بخلاف غيره.

[مسألة الرجل إذا تولى إخراج زكاته بنفسه سقط حق العامل منها]

(١٧٩٢) مسألة: قال: (إلا أن يتولى الرجل إخراجها بنفسه، فيسقط العامل) وجملته أن الرجل إذا تولى إخراج زكاته بنفسه، سقط حق العامل منها؛ لأنه إنما يأخذ أجرا لعمله، فإذا لم يعمل فيها شيئا فلا حق له، فيسقط، وتبقى سبعة أصناف، إن وجد جميعهم أعطاهم، وإن وجد بعضهم اكتفى بعطيته، وإن أعطى البعض مع إمكان عطية الجميع، جاز أيضا. .

[مسألة أعطى الزكاة كلها في صنف واحد]

(١٧٩٣) مسألة: قال: (وإن أعطاها كلها في صنف واحد، أجزأه إذا لم يخرجه إلى الغنى)". (١)

٤٢٤. ٨٤-"[فصل إذا حال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع دون الموجود]

(١٨٠٧) فصل: وإذا حال الحول أخرج الزكاة من جنس المال المبيع، دون الموجود؛ لأنه الذي وجبت الزكاة بسببه، ولولاه لم تجب في هذا زكاة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٨

[فصل لم يقصد بالبيع ولا بالتنقيص الفرار من الزكاة]

فصل: فإن لم يقصد بالبيع ولا بالتنقيص الفرار، انقطع الحول، واستأنف بما استبدل به حولا، إن كان محلا للزكاة فإن وجد بالثاني عيبا، فرده أو باعه بشرط الخيار، ثم استرده، استأنف أيضا حولا؛ لزوال ملكه بالبيع، قل الزمان أو كثر، وقد ذكر الخرقي هذا في موضع آخر، فقال: والماشية إذا بيعت بالخيار فلم ينقض الخيار حتى ردت، استقبل البائع بها حولا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري؛ لأنه تجديد ملك.

وإن حال الحول على النصاب الذي اشتراه وجبت فيه الزكاة، فإن وجد به عيبا قبل إخراج زكاته فله الرد، سواء قلنا الزكاة تتعلق بالعين، أو بالذمة؛ لما بينا من أن الزكاة لا تجب في العين بمعنى استحقاق الفقراء جزءا منه، بل بمعنى تعلق حق به، كتعلق الأرش بالجاني، فيرد النصاب، وعليه إخراج زكاته من مال آخر. فإن أخرج الزكاة منه، ثم أراد رده، انبنى على المعيب إذا حدث به عيب آخر عند المشتري، هل له رده؟ على روايتين، وانبنى أيضا على تفريق الصفقة، فإن قلنا: يجوز.

جاز الرد هاهنا، وإلا لم يجز. ومتى رده فعليه عوض الشاة المخرجة، تحسب عليه بالحصة من الثمن، والقول قوله في قيمتها مع يمينه، إذا لم تكن بينة؛ لأنها تلفت في يده، فهو أعرف بقيمتها، ولأن القيمة مدعاة عليه، فهو غارم، والقول في الأصول قول الغارم. وفيه وجه آخر، أن القول قول البائع؛ لأنه يغرم الثمن، فيرده.

والأول **أصح**؛ لأن الغارم لثمن الشاة المدعاة هو المشتري. فإن أخرج الزكاة من غير النصاب، فله الرد وجها واحدا. (١٨٠٩) فصل: فإن كان البيع فاسدا، لم ينقطع حول الزكاة في النصاب، وبنى على حوله الأول؛ لأن الملك ما انتقل فيه إلا أن يتعذر رده، فيصير كالمغصوب، على ما مضى.

[فصل التصرف في النصاب الذي وجبت الزكاة فيه بالبيع والهبة]

(١٨١٠) فصل: ويجوز التصرف في النصاب الذي وجبت الزكاة فيه، بالبيع والهبة وأنواع التصرفات، وليس للساعي فسخ البيع. وقال أبو حنيفة تصح، إلا أنه إذا امتنع من أداء الزكاة نقض البيع في قدرها. وقال الشافعي: في صحة البيع قولان؛ أحدهما، لا يصح؛ لأننا إن قلنا إن الزكاة تتعلق بالعين،

فقد با ع ما لا يملكه، وإن قلنا تتعلق بالذمة، فقدر الزكاة مرتهن بها، وبيع الرهن غير جائز.". (١)

٤٢٥. ٨٥-"ولنا، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.» متفق عليه. ومفهومه صحة بيعها إذا بدا صلاحها، وهو عام فيما وجبت فيه الزكاة وغيره. ونهى عن بيع الحب حتى يشتد، وبيع العنب حتى يسود. وهما مما تجب الزكاة فيه. ولأن الزكاة وجبت في الذمة، والمال خال عنها، فصح بيعه، كما لو با ع ماله، وعليه دين آدمي، أو زكاة فطر.

وإن تعلقت بالعين، فهو تعلق لا يمنع التصرف في جزء من النصاب، فلم يمنع بيع جميعه، كأرش الجناية. وقولهم: با ع ما لا يملكه. لا يصح؛ فإن الملك لم يثبت للفقراء في النصاب، بدليل أن له أداء الزكاة من غيره، ولا يتمكن الفقراء من إلزامه أداء الزكاة منه، وليس برهن، فإن أحكام الرهن غير ثابتة فيه، فإذا تصرف في النصاب ثم أخرج الزكاة من غيره، وإلا كلف إخراجها، وإن لم يكن له كلف تحصيلها، فإن عجز بقيت الزكاة في ذمته، كسائر الديون، ولا يؤخذ من النصاب.

ويحتمل أن يفسخ البيع في قدر الزكاة، وتؤخذ منه، ويرجع البائع عليه بقدرها؛ لأن على الفقراء ضررا في إتمام البيع، وتفويتا لحقوقهم، فوجب فسخه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أصح.

[مسألة الزكاة تجب في الذمة بحلول الحول وإن تلف المال]

(١٨١١) مسألة: قال: (والزكاة تجب في الذمة بحلول الحول وإن تلف المال، فرط أو لم يفرط) هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة: أحدها، أن الزكاة تجب في الذمة. وهو إحدى الروايتين عن أحمد، وأحد قولي الشافعي؛ لأن إخراجها من غير النصاب جائز، فلم تكن واجبة فيه، كزكاة الفطر، ولأنها لو وجبت فيه، لامتنع تصرف المالك فيه، ولتمكن المستحقون من إلزامه أداء الزكاة من عينه، أو ظهر شيء من أحكام ثبوته فيه، ولسقطت الزكاة بتلف النصاب من غير تفريط، كسقوط أرش الجناية بتلف الجاني. والثانية، أنها تجب في العين.

وهذا القول الثاني للشافعي وهذه الرواية هي الظاهرة عند بعض أصحابنا ؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «في أربعين شاة شاة. وقوله: فيما سقت السماء العشر، وفيما سقي بدالية أو نضح

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٥

نصف العشر» . وغير ذلك من الألفاظ الواردة بحرف " في " وهي للظرفية. وإنما جاز الإخراج من غير النصاب رخصة. وفائدة الخلاف أنها إذا كانت في الذمة، فحال على ماله حولان، لم يؤد زكاتهما، وجب عليه أداؤها لما مضى، ولا تنقص عنه الزكاة في الحول الثاني، وكذلك إن كان أكثر من نصاب، لم تنقص الزكاة،". (١)

٤٢٦. ٨٦-"العلم.

وقد روى الأثرم، عن سلمة بن صخر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الوسق ستون صاعا» . وروى أبو سعيد، وجابر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك، رواه ابن ماجه.

وأما كون الصاع خمسة أرطال وثلثا ففيه اختلاف ذكرناه في باب الطهارة، وبينا أنه خمسة أرطال وثلث بالعراقي، فيكون مبلغ الخمسة الأوسق ثلاثمائة صاع، وهو ألف وستمائة رطل بالعراقي، والرطل العراقي: مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم، ووزنه بالمثاقيل سبعون مثقالا، ثم زيد في الرطل مثقال آخر، وهو درهم وثلاثة أسباع فصار إحدى وتسعين مثقالا، وكملت زنته بالدراهم مائة وثلاثين درهما، والاعتبار بالأول قبل الزيادة، فيكون الصاع بالرطل الدمشقي، الذي هو ستمائة درهم، رطلا وسبعا، وذلك أوقية وخمسة أسباع أوقية، ومبلغ الخمسة الأوسق بالرطل الدمشقي ثلاثمائة رطل واثنان وأربعون رطلا وعشر أواق وسبع أوقية، وذلك ستة أسباع رطل.

[فصل النصاب معتبر بالكيل]

(١٨٣٦) فصل: والنصاب معتبر بالكيل، فإن الأوساق مكيلة، وإنما نقلت إلى الوزن لتضبط وتحفظ وتنقل، ولذلك تعلق وجوب الزكاة بالمكيلات دون الموزونات، والمكيلات تختلف في الوزن، فمنها الثقيل، كالحنطة والعدس. ومنها الخفيف، كالشعير والذرة، ومنها المتوسط. وقد نص أحمد على أن الصاع خمسة أرطال وثلث من الحنطة وروى جماعة عنه، أنه قال: الصاع وزنته فوجدته خمسة أرطال وثلثي رطل حنطة. وقال حنبل قال: أحمد أخذت الصاع من أبي النضر، وقال أبو النضر: أخذته من ابن أبي ذئب. وقال: هذا صاع النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي يعرف بالمدينة.

قال أبو عبد الله، فأخذنا العدس، فعيرنا به، وهو أصلح ما يكال به، لأنه لا يتجافى عن مواضعه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٦

فكلنا به ووزناه، فإذا هو خمسة أرطال وثلث. وهذا أصح ما وقفنا عليه، وما بين لنا من صاع النبي - صلى الله عليه وسلم -.

وقال بعض أهل العلم: أجمع أهل الحرمين على أن مد النبي - صلى الله عليه وسلم - رطل وثلث قمحا من أوسط القمح، فمتى بلغ القمح ألفا وستمائة رطل، ففيه الزكاة. وهذا يدل على أنهم قدروا الصاع بالثقيل، فأما الخفيف فتجب الزكاة فيه، إذا قارب هذا وإن لم يبلغه. ومتى شك في وجوب الزكاة فيه، ولم يوجد مكيال يقدر به، فالاحتياط الإخراج، وإن لم يخرج فلا حرج؛ لأن الأصل عدم وجوب الزكاة، فلا تجب بالشك.

[فصل متى نقص من النصاب شيئا لم تجب الزكاة]

(١٨٣٧) فصل: قال القاضي: وهذا النصاب معتبر تحديدا، فمتى نقص شيئا، لم تجب الزكاة، لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» . والناقص عنها لم يبلغها، إلا أن يكون نقصا يسيرا". (١)

٤٢٧. ٨٧-"وأروش الجنايات، وأثمان البياعات، وحلي لمن يريدهما لذلك، فأشبها النوعين، والحديث مخصوص بعرض التجارة، فنقيس عليه. فإذا قلنا بالضم، فإن أحدهما يضم إلى الآخر بالأجزاء، يعني أن كل واحد منهما يحتسب من نصابه، فإذا كملت أجزاؤهما نصابا، وجبت الزكاة، مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما، ونصف نصاب أو أكثر من الآخر، أو ثلث من أحدهما، وثلثان أو أكثر من الآخر. فلو ملك مائة درهم وعشرة دنانير، أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير، أو مائة وعشرين درهما وثمانية دنانير، وجبت الزكاة فيهما.

وإن نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيهما. سئل أحمد، عن رجل عنده ثمانية دنانير ومائة درهم؟ فقال: إنما قال من قال فيها الزكاة، إذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم. وهذا قول مالك، وأبي يوسف، ومحمد، والأوزاعي؛ لأن كل واحد منهما لا تعتبر قيمته في وجوب الزكاة إذا كان منفردا، فلا تعتبر إذا كان عنده عشرة دنانير مضمونة كالحبوب والثمار وأنواع الأجناس كلها.

وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد، في رواية المروذي، أنها تضم بالأحوط من الأجزاء والقيمة. ومعناه

(١) المغني لابن قدامة ١١/٣

أنه يقوم الغالي منهما بقيمة الرخيص، فإذا بلغت قيمتهما بالرخيص منهما نصابا وجبت الزكاة فيهما؛ فلو ملك مائة درهم وتسعة دنانير قيمتها مائة درهم، أو عشرة دنانير وتسعين درهما قيمتها عشرة دنانير، وجبت الزكاة فيها.

وهذا قول أبي حنيفة في تقويم الدنانير بالفضة؛ لأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب إلى الفضة، ضم بالقيمة، كنصاب القطع في السرقة، ولأن أصل الضم لتحصيل حظ الفقراء، فكذلك صفة الضم.

والأول أصح؛ لأن الأثمان تجب الزكاة في أعيانها، فلا تعتبر قيمتها، كما لو انفردت. ويخالف نصاب القطع، فإن نصاب القطع فيه الورق خاصة في إحدى الروايتين، وفي الأخرى أنه لا يجب في الذهب حتى يبلغ ربع دينار. والله أعلم.

[مسألة ما دون العشرين من النقدين لا زكاة فيه]

(١٨٧٩) مسألة: قال: (وكذلك دون العشرين مثقالا) يعني أن ما دون العشرين لا زكاة فيه إلا أن يتم بورق أو عروض تجارة. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الذهب إذا كان عشرين مثقالا قيمتها مائتا درهم، أن الزكاة تجب فيها، إلا ما حكي عن الحسن أنه قال: لا زكاة فيها حتى تبلغ أربعين، وأجمعوا على أنه إذا كان أقل من عشرين مثقالا ولا يبلغ مائتي درهم فلا زكاة فيه.

وقال عامة الفقهاء: نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها، إلا ما حكي عن عطاء، وطاوس، والزهري، وسليمان بن حرب، وأيوب السختياني، أنهم قالوا: هو معتبر بالفضة، فما كان قيمته مائتي درهم، ففيه الزكاة، وإلا فلا؛ لأنه لم يثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم – تقدير في نصابه، فثبت أنه حمله على الفضة. ولنا ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «ليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب،". (١)

٤٢٨. ٨٨-"[فصل إخراج أحد النقدين عن الآخر]

(١٨٨٤) فصل: وهل يجوز إخراج أحد النقدين عن الآخر؟ فيه روايتان. نص عليهما؛ إحداهما، لا يجوز. وهو اختيار أبي بكر؛ لأن أنواع الجنس لا يجوز إخراج أحدهما عن الآخر إذا كان أقل في المقدار، فمع اختلاف الجنس أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧/٣

والثانية، يجوز، وهو أصح، إن شاء الله؛ لأن المقصود من أحدهما يحصل بإخراج الآخر، فيجزئ، كأنواع الجنس، وذلك لأن المقصود منهما جميعا الثمنية والتوسل بها إلى المقاصد، وهما يشتركان فيه على السواء، فأشبه إخراج المكسرة عن الصحاح، بخلاف سائر الأجناس والأنواع، مما تجب فيه الزكاة، فإن لكل جنس مقصودا مختصا به، لا يحصل من الجنس الآخر، وكذلك أنواعها، فلا يحصل بإخراج غير الواجب من الحكمة ما يحصل بإخراج الواجب، وها هنا المقصود حاصل، فوجب إجزاؤه، إذ لا فائدة باختصاص الإجزاء بعين، مع مساواة غيرها لها في الحكمة

وكون ذلك أرفق بالمعطي والآخذ، وأنفع لهما، ويندفع به الضرر عنهما، فإنه لو تعين إخراج زكاة الدنانير منها، شق على من يملك أقل من أربعين دينارا إخراج جزء من دينار، ويحتاج إلى التشقيص، ومشاركة الفقير له في دينار من ماله، أو بيع أحدهما نصيبه، فيستضر المالك والفقير، وإذا جاز إخراج الدراهم عنها، دفع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب، فيسهل ذلك عليه، وينتفع الفقير من غير كلفة ولا مضرة.

ولأنه إذا دفع إلى الفقير قطعة من الذهب في موضع لا يتعامل بها فيه، أو قطعة من درهم في مكان لا يتعامل بها فيه، لم يقدر على قضاء حاجته بها، وإن أراد بيعها بحسب ما يتعامل بها احتاج إلى كلفة البيع، وربما لا يقدر عليه، ولا يفيده شيئا، وإن أمكن بيعها احتاج إلى كلفة البيع، والظاهر أنها تنقص عوضها عن قيمتها، فقد دار بين ضررين، وفي جواز إخراج أحدهما عن الآخر نفع محض، ودفع لهذا الضرر، وتحصيل لحكمة الزكاة على التمام والكمال، فلا حاجة ولا وجه لمنعه، وإن توهمت هاهنا منفعة تفوت بذلك، فهي يسيرة مغمورة، فيما يحصل من النفع الظاهر، ويندفع من الضرر والمشقة من الجانبين، فلا يعتبر.

والله أعلم. وعلى هذا لا يجوز الإبدال في موضع يلحق الفقير ضرر، مثل أن يدفع إليه ما لا ينفق عوضا عما ينفق؛ لأنه إذا لم يجز إخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر، فمع غيره أولى. وإن اختار الدفع من الجنس، واختار الفقير الأخذ من غيره؛ لضرر يلحقه في أخذ الجنس، لم يلزم المالك إجابته؛ لأنه إذا أدى ما فرض عليه، لم يكلف سواه. والله أعلم.

[مسألة زكاة حلي المرأة]

(١٨٨٥) مسألة: قال: (وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه أو تعيره) هذا ظاهر المذهب. وروي ذلك عن ابن عمر، وجابر، وأنس، وعائشة، وأسماء - رضي الله عنهم - وبه قال القاسم،

والشعبي، وقتادة، ومحمد بن علي، وعمرة، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد،". (١)

٤٢٩. ٨٩-"لذلك؛ لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح، أشبه حلي المرأة.

[فصل قليل الحلي وكثيره في الإباحة والزكاة سواء]

(١٨٨٦) فصل وقليل الحلي وكثيره سواء في الإباحة والزكاة. وقال ابن حامد يباح ما لم يبلغ ألف مثقال، فإن بلغها حرم، وفيه الزكاة؛ لما روى أبو عبيد، والأثرم، عن عمرو بن دينار؟ قال: سئل جابر عن الحلي، هل فيه زكاة؟ قال: لا. فقيل له: ألف دينار؟ فقال: إن ذلك لكثير. ولأنه يخرج إلى السرف والخيلاء، ولا يحتاج إليه في الاستعمال، والأول **أصح**؛ لأن الشرع أباح التحلي مطلقا من غير تقييد، فلا يجوز تقييده بالرأي والتحكم، وحديث جابر ليس بصريح في نفي الوجوب.

وإنما يدل على التوقف، ثم قد روي عنه خلافه، فروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزبير، قال: سألت جابر بن عبد الله، عن الحلي فيه زكاة؟ قال: لا. قلت: إن الحلي يكون فيه ألف دينار. قال: وإن كان فيه، يعار ويلبس. ثم إن قول جابر قول صحابي خالفه غيره ممن أباحه مطلقا بغير تقييد، فلا يبقى قوله حجة، والتقييد بالرأي المطلق والتحكم غير جائز.

[فصل إذا انكسر الحلي كسرا لا يمنع الاستعمال واللبس فلا زكاة فيه]

(١٨٨٧) فصل: وإذا انكسر الحلي كسرا لا يمنع الاستعمال واللبس، فهو كالصحيح، لا زكاة فيه، إلا أن ينوي كسره وسبكه، ففيه الزكاة حينئذ، لأنه نوى صرفه عن الاستعمال. وإن كان الكسر يمنع الاستعمال، فقال القاضي: عندي أن فيه الزكاة؛ لأنه كان بمنزلة النقود والتبر.

[فصل وإذا كان الحلي للبس فنوت به المرأة التجارة انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت]

(١٨٨٨) فصل: وإذا كان الحلي للبس، فنوت به المرأة التجارة، انعقد عليه حول الزكاة من حين نوت؛ لأن الوجوب هو الأصل، وإنما انصرف عنه لعارض الاستعمال، فعاد إلى الأصل بمجرد النية

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤١

من غير استعمال، فهو كما لو نوى بعرض التجارة القنية، انصرف إليه من غير استعمال.". (١)

٤٣٠. ٩٠-"ولنا، أن ما حرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالملاهي، ويستوي في ذلك الرجال، والنساء؛ لأن المعنى المقتضي للتحريم يعمهما، وهو الإفضاء إلى السرف والخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فيستويان في التحريم، وإنما أحل للنساء التحلي لحاجتهن إليه للتزين للأزواج، وليس هذا بموجود في الآنية، فيبقى على التحريم.

إذا ثبت هذا، فإن فيها الزكاة، بغير خلاف بين أهل العلم، ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصابا بالوزن، أو يكون عنده ما يبلغ نصابا بضمها إليه. وإن زادت قيمته لصناعته، فلا عبرة بها؛ لأنها محرمة فلا قيمة لها في الشرع، وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ. وإن أحب كسرها، أخرج ربع عشرها مكسورا، وإن أخرج ربع عشرها مصوغا، جاز؛ لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور. وذكر أبو الخطاب وجها في اعتبار قيمتها. والأول أصح، إن شاء الله تعالى.

[فصل كل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه]

(١٨٩٥) فصل: وكل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان، لم تسقط زكاته باتخاذه؛ لأن الأصل وجوب الزكاة فيها، لكونها مخلوقة للتجارة، والتوسل بها إلى غيرها، ولم يوجد ما يمنع ذلك، فبقيت على أصلها.

قال أحمد: ما كان على سرج أو لجام، ففيه الزكاة. ونص على حلية الثفر والركاب واللجام، أنه محرم. وقال، في رواية الأثرم: أكره رأس المكحلة فضة. ثم قال: وهذا شيء تأولته. وعلى قياس ما ذكره، حلية الدواة، والمقلمة، والسرج، ونحوه مما على الدابة. ولو موه سقفه بذهب أو فضة، فهو محرم، وفيه الزكاة.

وقال أصحاب الرأي: يباح؛ لأنه تابع للمباح، فيتبعه في الإباحة. ولنا، أن هذا إسراف، ويفضي فعله إلى الخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فحرم، كاتخاذ الآنية، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن التختم بخاتم الذهب للرجل، فتمويه السقف أولى.

وإن صار التمويه الذي في السقف مستهلكا لا يجتمع منه شيء، لم تحرم استدامته؛ لأنه لا فائدة في إتلافه وإزالته، ولا زكاة فيه؛ لأن ماليته ذهبت وإن لم تذهب ماليته، ولم يكن مستهلكا، حرمت

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣/٣

استدامته. وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز لما ولي، أراد جمع ما في مسجد دمشق مما موه به من الذهب، فقيل له: إنه لا يجتمع منه شيء. فتركه. ولا يجوز تحلية المصاحف ولا المحاريب، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة؛ لأنها بمنزلة الآنية.

وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح؛ لأنه ليس ببر ولا معروف، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة، فيكسر ويصرف في مصلحة المسجد وعمارته. وكذلك إن حبس الرجل فرسا له لجام مفضض. وقد قال أحمد: في الرجل يقف فرسا في سبيل الله، ومعه لجام مفضض: فهو على ما وقفه، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام وجعلت في وقف مثله فهو أحب إلي؛ لأن الفضة لا ينتفع بها، ولعله يشتري بذلك سرجا ولجاما، فيكون أنفع للمسلمين. قيل: فتباع الفضة،". (١)

٤٣١. ٩١-"أحمد، في رواية ابن منصور؛ لأن الظاهر أنه صار إلى مسلم، ولم يعلم زواله عن ملك المسلمين، فأشبه ما على جميعه علامة المسلمين.

[الفصل الثاني في موضع الركاز ولا يخلو من أربعة أقسام]

(١٩٠٠) الفصل الثاني، في موضعه، ولا يخلو من أربعة أقسام: أحدها، أن يجده في موات، أو ما لا يعلم له مالك، مثل الأرض التي يوجد فيها آثار الملك، كالأبنية القديمة، والتلول، وجدران الجاهلية، وقبورهم. فهذا فيه الخمس بغير خلاف، سوى ما ذكرناه. ولو وجده في هذه الأرض على وجهها، أو في طريق غير مسلوك، أو قرية خراب، فهو كذلك في الحكم؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن اللقطة؟ فقال: ما كان في طريق مأتي، أو في قرية عامرة، فعرفها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا فلك، وما لم يكن في طريق مأتي، ولا في قرية عامرة، ففيه وفي الركاز الخمس» رواه النسائي. القسم الثاني، أن يجده في ملكه المنتقل إليه، فهو له في أحد الوجهين؛ لأنه مال كافر مظهور عليه في الإسلام، فكان لمن ظهر عليه كالغنائم، ولأن الركاز لا يملك بملك الأرض، لأنه مودع فيها، وإنما يملك بالظهور عليه، وهذا قد ظهر عليه، فوجب أن يملكه. والرواية الثانية، هو للمالك قبله إن اعترف به، وإن لم يعترف به فهو للذي قبله كذلك إلى أول مالك. وهذا مذهب الشافعي لأنه كانت يده على الدار، فكانت على ما فيها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧/٣

وإن انتقلت الدار بالميراث، حكم بأنه ميراث، فإن اتفق الورثة على أنه لم يكن لموروثهم، فهو لأول مالك فإن لم يعرف أول مالك، فهو كالمال الضائع الذي لا يعرف له مالك. والأول **أصح**، إن شاء الله تعالى؛ لأن الركاز لا يملك بملك الدار، لأنه ليس من أجزائها وإنما هو مودع فيها، فينزل منزلة المباحات من الحشيش والحطب والصيد يجده في أرض غيره، فيأخذه، فيكون أحق به، لكن إن ادعى المالك الذي انتقل الملك عنه أنه له، فالقول قوله؛ لأن يده كانت عليه، لكونها على محله، وإن لم يدعه، فهو لواجده.

وإن اختلف الورثة، فأنكر بعضهم أن يكون لمورثهم، ولم ينكره الباقون، فحكم من أنكر في نصيبه حكم المالك الذي لم يعترف به، وحكم المعترفين حكم المالك المعترف. القسم الثالث، أن يجده في ملك آدمي مسلم معصوم أو ذمي، فعن أحمد ما يدل على أنه لصاحب الدار؛ فإنه قال، في من استأجر حفارا ليحفر في داره، فأصاب في الدار كنزا عاديا: فهو لصاحب الدار. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن.

ونقل عن أحمد ما يدل على أنه لواجده؛ لأنه قال في مسألة من استأجر أجيرا ليحفر له في داره، فأصاب في الدار كنزا: فهو للأجير. نقل ذلك عنه محمد بن يحي الكحال. قال القاضي هو الصحيح. وهذا يدل على أن الركاز لواجده. وهو قول الحسن بن صالح،". (١)

٤٣٢. ٩٢-"فوجب فيه الخمس مع اختلاف أنواعه، كالغنيمة.

إذا ثبت هذا فإن الخمس يجب في قليله وكثيره، في قول إمامنا، ومالك، وإسحاق وأصحابالرأي، والشافعي في القديم. وقال في الجديد: يعتبر النصاب فيه؛ لأنه حق مال يجب فيما استخرج من الأرض، فاعتبر فيه النصاب، كالمعدن والزرع. ولنا، عموم الحديث، ولأنه مال مخموس، فلا يعتبر له نصاب، كالغنيمة، ولأنه مال كافر مظهور عليه في الإسلام، فأشبه الغنيمة، والمعدن والزرع يحتاج إلى عمل ونوائب، فاعتبر فيه النصاب تخفيفا، بخلاف الركاز، ولأن الواجب فيهما مواساة، فاعتبر النصاب ليبلغ حدا يحتمل المواساة منه، بخلاف مسألتنا.

[الفصل الرابع القدر الواجب في الركاز ومصرفه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩

(١٩٠٣) الفصل الرابع، في قدر الواجب في الركاز، ومصرفه، أما قدره فهو الخمس؛ لما قدمناه من الحديث والإجماع، وأما مصرفه فاختلفت الرواية عن أحمد فيه، مع ما فيه من اختلاف أهل العلم. فقال الخرقي: هو لأهل الصدقات. ونص عليه أحمد، في رواية حنبل، فقال: يعطي الخمس من الركاز على مكانه، وإن تصدق به على المساكين أجزأه.

وهذا قول الشافعي؛ لأن علي بن أبي طالب، أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين. حكاه الإمام أحمد، وقال: حدثنا سعيد، حدثنا سفيان، عن عبد الله بن بشر الخثعمي، عن رجل من قومه يقال له: ابن حممة، قال: سقطت علي جرة من دير قديم بالكوفة، عند جبانة بشر، فيها أربعة آلاف درهم، فذهبت بها إلى علي – رضي الله عنه – فقال: اقسمها خمسة أخماس. فقسمتها، فأخذ علي منها خمسا، وأعطاني أربعة أخماس، فلما أدبرت دعاني، فقال: في جيرانك فقراء ومساكين؟ قلت: نعم. قال: فخذها فاقسمها بينهم.

ولأنه مستفاد من الأرض، أشبه المعدن والزرع. والرواية الثانية، مصرفه مصرف الفيء. نقله محمد بن الحكم، عن أحمد. وهذه الرواية أصح، وأقيس على مذهبه. وبه قال أبو حنيفة، والمزني لما روى أبو عبيد، عن هشيم عن مجالد عن الشعبي، أن رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجا من المدينة، فأتى بهما عمر بن الخطاب، فأخذ منها الخمس مائتي دينار، ودفع إلى الرجل بقيتها، وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين، إلى أن فضل منها فضلة، فقال: أين صاحب الدنانير؟ فقام إليه، فقال عمر: خذ هذه الدنانير فهي لك. ولو كانت زكاة خص بها أهلها، ولم يرده على واجده، ولأنه يجب على الذمي، والزكاة لا تجب عليه، ولأنه مال مخموس زالت عنه يد الكافر، أشبه خمس الغنيمة.

[الفصل الخامس في من يجب عليه الخمس في زكاة الركاز]

(١٩٠٤) الفصل الخامس، في من يجب عليه الخمس. وهو كل من وجده، من مسلم وذمي، وحر وعبد". (١)

٤٣٣. ٩٣-"ومكاتب، وكبير وصغير، وعاقل ومجنون، إلا أن الواجد له إذا كان عبدا فهو لسيده؛ لأنه كسب مال، فأشبه الاحتشاش والاصطياد، وإن كان مكاتبا ملكه، وعليه خمسه؛ لأنه بمنزلة

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥١

كسبه، وإن كان صبيا أو مجنونا فهو لهما، ويخرج عنهما وليهما. وهذا قول أكثر أهل العلم.
قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن على الذمي في الركاز يجده الخمس.
قاله مالك، وأهل المدينة، والثوري، والأوزاعي، وأهل العراق، وأصحابالرأي، وغيرهم.
وقال الشافعي: لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة؛ لأنه زكاة. وحكي عنه في الصبي والمرأة أنهما لا يملكان الركاز. وقال الثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد: إذا كان الواجد له عبدا، يرضخ له منه، ولا يعطاه كله. ولنا، عموم قوله عليه السلام: «وفي الركاز الخمس» . فإنه يدل بعمومه على وجوب الخمس في كل ركاز يوجد، وبمفهومه على أن باقيه لواجده من كان، ولأنه مال كافر مظهور عليه، فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لواجده، كالغنيمة، ولأنه اكتساب مال، فكان لمكتسبه إن كان حرا، أو لسيده إن كان عبدا، كالاحتشاش، والاصطياد. ويتخرج لنا أن لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة، بناء على قولنا إنه زكاة. والأول أصح. (١٩٠٥)
فصل: ويجوز أن يتولى الإنسان تفرقة الخمس بنفسه. وبه قال أصحاب الرأي، وابن المنذر، لأن عليا أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين. قاله الإمام أحمد. ولأنه أدى الحق إلى مستحقه، فبرئ منه، كما لو فرق الزكاة، أو أدى الدين إلى ربه. ويتخرج أن لا يجوز ذلك؛ لأن الصحيح أنه فيء، فلم يملك تفرقته بنفسه، كخمس الغنيمة. وبهذا قال أبو ثور.
قال: وإن فعل ضمنه الإمام. قال القاضي: وليس للإمام رد خمس الركاز؛ لأنه حق مال، فلم يجز رده على من وجب عليه، كالزكاة، وخمس الغنيمة.
وقال ابن عقيل: يجوز؛ لأنه روي عن عمر أنه رد بعضه على واجده، ولأنه فيء، فجاز رده أو رد بعضه على واجده، كخراج الأرض. وهذا قول أبي حنيفة.

[مسألة الكلام في المعدن يشتمل على فصول أربعة]

[الفصل الأول في صفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة]

(١٩٠٦) مسألة: قال: (وإذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مثقالا، أو من الورق مائتي درهم، أو قيمة ذلك من الزئبق والرصاص والصفر أو غير ذلك مما يستخرج من الأرض، فعليه الزكاة من وقته) اشتقاق المعدن من عدن في المكان، يعدن: إذا أقام به. ومنه سميت جنة عدن، لأنها دار إقامة".

(١)

٤٣٤. ٩٤-"إلى أنه يصير للتجارة بمجرد النية. وحكوه رواية عن أحمد، لقوله: في من أخرجت أرضه خمسة أوسق، فمكثت عنده سنين لا يريد بها التجارة، فليس عليه زكاة، وإن كان يريد التجارة فأعجب إلي أن يزكيه.

قال بعض أصحابنا : هذا على أصح الروايتين؛ لأن نية القنية بمجردها كافية، فكذلك نية التجارة، بل أولى؛ لأن الإيجاب يغلب على الإسقاط احتياطا، ولأنه أحظ للمساكين، فاعتبر كالتقويم، ولأن سمرة قال: «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نخرج الصدقة مما نعده للبيع.» وهذا داخل في عمومه، ولأنه نوى به التجارة، فوجبت فيه الزكاة، كما لو نوى حال البيع.

ولنا، أن كل ما لا يثبت له الحكم بدخوله في ملكه، لا يثبت بمجرد النية، كما لو نوى بالمعلوفة السوم، ولأن القنية الأصل، والتجارة فرع عليها، فلا ينصرف إلى الفرع بمجرد النية، كالمقيم ينوي السفر، وبالعكس من ذلك ما لو نوى القنية، فإنه يردها إلى الأصل، فانصرف إليه بمجرد النية، كما لو نوى المسافر الإقامة. فكذلك إذا نوى بمال التجارة القنية، انقطع حوله، ثم إذا نوى به التجارة، فلا شيء فيه حتى يبيعه، ويستقبل بثمنه حولا.

[فصل كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول فنوى بها الإسامة وقطع نية التجارة]

(١٩٢٥) فصل: فإن كانت عنده ماشية للتجارة نصف حول، فنوى بها الإسامة، وقطع نية التجارة، انقطع حول التجارة، واستأنف حولا. كذلك قال الثوري، وأبو ثور، وأصحابالرأي؛ لأن حول التجارة انقطع بنية الاقتناء، وحول السوم لا ينبني على حول التجارة. والأشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة من أول الحول، وجبت الزكاة فيها عند تمامه. وهذا يروى نحوه عن إسحاق، لأن السوم سبب لوجوب الزكاة وجد في جميع الحول خاليا عن معارض، فوجبت به الزكاة، كما لو لم ينو التجارة، أو كما لو كانت السائمة لا تبلغ نصابا بالقيمة.

[مسألة كان في ملكه نصاب للزكاة فاتجر فيه فنما]

(١٩٢٦) مسألة: قال: وإذا كان في ملكه نصاب للزكاة، فاتجر فيه، فنما، أدى زكاة الأصل مع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٢

النماء، إذا حال الحول وجملته أن حول النماء مبني على حول الأصل؛ لأنه تابع له في الملك، فتبعه في الحول، كالسخال والنتاج. وبهذا قال مالك، وإسحاق وأبو يوسف. وأما أبو حنيفة، فإنه بنى حول كل مستفاد على حول جنسه نماء كان أو غيره.

وقال الشافعي: إن نضت الفائدة قبل الحول لم يبن حولها". (١)

٤٣٥. ٩٥-"[فصل كان الصداق دينا فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول]

(١٩٥٠) فصل: فإن كان الصداق دينا، فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول، ففيه روايتان؛ إحداهما، عليها الزكاة؛ لأنها تصرفت فيه، فأشبه ما لو قبضته والرواية الثانية، زكاته على الزوج؛ لأنه ملك ما ملك عليه، فكأنه لم يزل ملكه عنه. والأول أصح، وما ذكرنا لهذه الرواية لا يصح؛ لأن الزوج لم يملك شيئا، وإنما سقط الدين عنه، ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة ما مضى.

ويحتمل أن لا تجب الزكاة على واحد منهما؛ لما ذكرنا في الزوج، والمرأة لم تقبض الدين، فلم تلزمها زكاته، كما لو سقط بغير إسقاطها، وهذا إذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة إذا قبضته، فأما إن كان مما لا زكاة فيه، فلا زكاة عليها بحال. وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مضي الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا قال أحمد: إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها، وقد مضى له عشر سنين، فإن زكاته على المرأة؛ لأن المال كان لها.

وإذا وهب رجل لرجل مالا، فحال الحول، ثم ارتجعه الواهب، فليس له أن يرتجعه، فإن ارتجعه فالزكاة على الذي كان عنده. وقال في رجل باع شريكه نصيبه من داره، فلم يعطه شيئا، فلما كان بعد سنة، قال: ليس عندي دراهم فأقلني، فأقاله، قال: عليه أن يزكي؛ لأنه قد ملكه حولا.

[مسألة زكاة الماشية إذا بيعت بالخيار]

(١٩٥١) مسألة: قال والماشية إذا بيعت بالخيار، فلم ينقض الخيار حتى ردت، استقبل بها البائع حولا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لأنه تجديد ملك ظاهر المذهب، أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشتري عقيبه، ولا يقف على انقضاء الخيار، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما. وعن أحمد، أنه لا ينتقل حتى ينقضي الخيار. وهو قول مالك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٣/٣

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل إن كان للبائع، وإن كان للمشتري خرج عن البائع، ولم يدخل في ملك المشتري. وعن الشافعي ثلاثة أقوال قولان كالروايتين، وقول ثالث، أنه مراعى، فإن فسخاه تبينا أنه لم ينتقل، وإن أمضياه تبينا أنه انتقل. ولنا، أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه، كما لو لم يشترط الخيار. وإن كان المال زكائيا انقطع الحول ببيعه، لزوال ملكه عنه، فإن استرده أو رد عليه استأنف حولا؛ لأنه ملك متجدد حدث بعد زواله، فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقا من غير خيار. وهكذا الحكم لو فسخا البيع في مدة المجلس بخياره؛ لا يمنع نقل الملك أيضا، فهو كخيار الشرط. ولو مضى الحول في مدة الخيار،". (١)

٤٣٦. ٩٦-"زكاة المال فإنها لا تتحمل بالملك والقرابة، فإن كان لامرأته من يخدمها بأجرة، فليس على الزوج فطرته؛ لأن الواجب الأجر دون النفقة.

وإن كان لها نظرت، فإن كانت ممن لا يجب لها خادم، فليس عليه نفقة خادمها، ولا فطرته، وإن كانت ممن يخدم مثلها، فعلى الزوج أن يخدمها، ثم هو مخير بين أن يشتري لها خادما، أو يستأجر أو ينفق على خادمها، فإن اشترى لها خادما أو اختار الإنفاق على خادمها فعليه فطرته، وإن استأجر لها خادما فليس عليه نفقته ولا فطرته، سواء شرط عليه مؤنته أو لم يشرط؛ لأن المؤنة إذا كانت أجرة فهي من مال المستأجر.

وإن تبرع بالإنفاق على من لا تلزمه نفقته، فحكمه حكم من تبرع بالإنفاق على أجنبي، وسنذكره إن شاء الله تعالى. وإن نشزت المرأة في وقت الوجوب، ففطرتها على نفسها دون زوجها؛ لأن نفقتها لا تلزمه. واختار أبو الخطاب أن عليه فطرتها؛ لأن الزوجية ثابتة عليها فلزمته فطرتها كالمريضة التي لا تحتاج إلى نفقة. والأول: أصح؛ لأن هذه ممن لا تلزمه مؤنته، فلا تلزمه فطرته كالأجنبية، وفارق المريضة؛ لأن عدم الإنفاق عليها لعدم الحاجة، لا لخلل في المقتضى لها، فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها، بخلاف الناشز. وكذلك كل امرأة لا يلزمه نفقتها، كغير المدخول بها إذا لم تسلم إليه، والصغيرة التي لا يمكن الاستمتاع بها، فإنه لا تلزمه نفقتها ولا فطرتها؛ لأنها ليست ممن يمون.

[فصل العبيد إن كانوا لغير التجارة فعلى سيدهم فطرتهم]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٧٧

(١٩٧١) فصل: وأما العبيد فإن كانوا لغير التجارة، فعلى سيدهم فطرتهم. لا نعلم فيه خلافا. وإن كانوا للتجارة، فعليه أيضا فطرتهم. وبهذا قال مالك، والليث، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وقال عطاء، والنخعي، والثوري، وأصحابالرأي: لا تلزمه فطرتهم؛ لأنها زكاة ولا تجب في مال واحد زكاتان، وقد وجبت فيهم زكاة التجارة، فيمتنع وجوب الزكاة الأخرى، كالسائمة إذا كانت للتجارة.

ولنا، عموم الأحاديث وقول ابن عمر: «فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – زكاة الفطر على الحر والعبد» وفي حديث عمرو بن شعيب: «ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم، ذكر أو أنثى، حر أو عبد، صغير أو كبير» . ولأن نفقتهم واجبة فوجبت فطرتهم، كعبيد القنية.

أو نقول مسلم تجب مؤنته، فوجبت فطرته، كالأصل، وزكاة الفطرة تجب على البدن، ولهذا تجب". (١)

٤٣٧. ٩٧-": «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» . ولأن الصلاة يتفق وقت النية لفرضها ونفلها، فكذلك الصوم. ولنا، ما روت عائشة – رضي الله عنها – «قالت: دخل علي النبي – صلى الله عليه وسلم – ذات يوم، فقال: هل عندكم من شيء؟ قلنا: لا. قال: فإني إذا صائم» أخرجه مسلم، وأبو داود، والنسائي. ويدل عليه أيضا حديث عاشوراء. ولأن الصلاة يخفف نفلها عن فرضها، بدليل أنه لا يشترط القيام لنفلها، ويجوز في السفر على الراحلة إلى غير القبلة، فكذا الصيام. وحديثهم نخصه بحديثنا، على أن حديثنا أصح من حديثهم، فإنه من رواية ابن لهيعة، ويحيى بن أيوب، قال الميموني: سألت أحمد عنه، فقال: أخبرك ما له عندي ذلك الإسناد، إلا أنه عن ابن عمر وحفصة، إسنادان جيدان.

والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها؛ لأن اشتراط النية في أول الصلاة لا يفضي إلى تقليلها، بخلاف الصوم فإنه يعين له الصوم من النهار، فعفي عنه، كما لو جوزنا التنفل قاعدا وعلى الراحلة، لهذه العلة.

(٢٠١٢) فصل: وأي وقت من النهار نوى أجزأه سواء في ذلك ما قبل الزوال وبعده. هذا ظاهر

---

(١) المغني لابن قدامة ٩١/٣

كلام أحمد، والخرقي. وهو ظاهر قول ابن مسعود فإنه قال: أحدكم بأخير النظرين، ما لم يأكل أو يشرب. وقال رجل لسعيد بن المسيب: إني لم آكل إلى الظهر، أو إلى العصر، أفأصوم بقية يومي؟ قال: نعم. واختار القاضي، في " المحرر " أنه لا تجزئه النية بعد الزوال. وهذا مذهب أبي حنيفة، والمشهور من قولي الشافعي؛ لأن معظم النهار مضى من غير نية، بخلاف الناوي قبل الزوال، فإنه قد أدرك معظم العبادة، ولهذا تأثير في الأصول، بدليل أن من أدرك الإمام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة؛ لإدراكه معظمها، ولو أدركه بعد الرفع، لم يكن مدركا لها، ولو أدرك مع الإمام من الجمعة ركعة، كان مدركا لها؛ لأنها تزيد بالتشهد، ولو أدرك أقل من ركعة، لم يكن مدركا لها.

ولنا أنه نوى في جزء من النهار، فأشبه ما لو نوى في أوله، ولأن جميع الليل وقت لنية الفرض، فكذا جميع النهار وقت لنية النفل. إذا ثبت هذا فإنه يحكم له بالصوم الشرعي المثاب عليه من وقت النية، في المنصوص عن أحمد، فإنه قال: من نوى في التطوع من النهار، كتب له بقية يومه، وإذا أجمع من الليل كان له يومه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أبو الخطاب، في " الهداية ": يحكم له بذلك من أول النهار. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن الصوم لا يتبعض في اليوم، بدليل ما لو أكل في بعضه، لم يجز له صيام باقيه، فإذا وجد في بعض اليوم دل على أنه صائم من أوله، ولا يمتنع الحكم بالصوم من غير". (١)

٤٣٨. ٩٨-"الثاني، أن يسافر في أثناء الشهر ليلا، فله الفطر في صبيحة الليلة التي يخرج فيها، وما بعدها، في قول عامة أهل العلم. وقال عبيدة السلماني، وأبو مجلز، وسويد بن غفلة: لا يفطر من سافر بعد دخول الشهر؛ لقول الله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [البقرة: ١٨٥] . وهذا قد شهده.

ولنا قول الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] . وروى ابن عباس، قال: «خرج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عام الفتح في شهر رمضان، فصام حتى بلغ الكديد، ثم أفطر وأفطر الناس» . متفق عليه. ولأنه مسافر فأبيح له الفطر، كما لو سافر قبل الشهر، والآية تناولت الأمر بالصوم لمن شهد الشهر كله، وهذا لم يشهده كله. الثالث، أن يسافر في أثناء يوم من رمضان، فحكمه في اليوم الثاني كمن سافر ليلا، وفي إباحة فطر اليوم الذي سافر

(١) المغني لابن قدامة ١١٤/٣

فيه، عن أحمد روايتان؛ إحداهما، له أن يفطر.

وهو قول عمرو بن شرحبيل، والشعبي، وإسحاق، وداود، وابن المنذر؛ لما روى عبيد بن جبير، قال: ركبت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط في شهر رمضان، فدفع، ثم قرب غداءه، فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة، ثم قال: اقترب، قلت: ألست ترى البيوت؟ قال أبو بصرة «أترغب عن سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –؟ فأكل» . رواه أبو داود. ولأن السفر معنى لو وجد ليلا واستمر في النهار لأباح الفطر، فإذا وجد في أثنائه أباحه كالمرض، ولأنه أحد الأمرين المنصوص عليهما في إباحة الفطر بهما، فأباحه في أثناء النهار كالآخر. والرواية الثانية، لا يباح له الفطر ذلك اليوم، وهو قول مكحول، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحابالرأي؛ لأن الصوم عبادة تختلف بالسفر والحضر، فإذا اجتمعا فيها غلب حكم الحضر، كالصلاة، والأول أصح؛ للخبر، ولأن الصوم يفارق الصلاة فإن الصلاة يلزم إتمامها بنيته، بخلاف الصوم.

إذا ثبت هذا فإنه لا يباح له الفطر حتى يخلف البيوت وراء ظهره، يعني أنه يجاوزها ويخرج من بين بنيانها. وقال الحسن: يفطر في بيته، إن شاء، يوم يريد أن يخرج. وروي نحوه عن عطاء.". (١)

٤٣٩. ٩٩-"لا يفطر بما ليس بطعام ولا شراب، وحكي عن أبي طلحة الأنصاري، أنه كان يأكل البرد في الصوم، ويقول: ليس بطعام ولا شراب. ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة إنما حرما الأكل والشرب، فما عداهما يبقى على أصل الإباحة.

ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الأكل والشرب على العموم، فيدخل فيه محل النزاع، ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبي طلحة، فلا يعد خلافا.

[فصل الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم]

(٢٠١٩) الفصل الثاني، أن الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم. وبه قال إسحاق، وابن المنذر، ومحمد بن إسحاق بن خزيمة. وهو قول عطاء، وعبد الرحمن بن مهدي. وكان الحسن، ومسروق، وابن سيرين، لا يرون للصائم أن يحتجم.

وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلا في الصوم، منهم ابن عمر، وابن عباس، وأبو موسى، وأنس

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٧/٣

بن مالك، ورخص فيها أبو سعيد الخدري، وابن مسعود، وأم سلمة، وحسين بن علي، وعروة، وسعيد بن جبير. وقال مالك، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي: يجوز للصائم أن يحتجم، ولا يفطر؛ لما روى البخاري، عن ابن عباس، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «احتجم وهو صائم» . ولأنه دم خارج من البدن، أشبه الفصد. ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أفطر الحاجم والمحجوم.» رواه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أحد عشر نفسا، قال أحمد: حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى في هذا الباب، وإسناد حديث رافع إسناد جيد. وقال: حديث شداد وثوبان صحيحان، وعن علي بن المديني، أنه قال: أصح شيء في هذا الباب حديث شداد وثوبان. وحديثهم منسوخ بحديثنا، بدليل ما روى ابن عباس، أنه قال: «احتجم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالقاحة بقرن وناب، وهو محرم صائم، فوجد لذلك ضعفا شديدا، فنهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يحتجم الصائم» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم،

وعن الحكم، قال: «احتجم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو صائم» فضعف، ثم كرهت الحجامة للصائم. وكان ابن عباس وهو راوي حديثهم، يعد الحجام والمحاجم، فإذا غابت الشمس احتجم بالليل. كذلك رواه الجوزجاني.

وهذا يدل على أنه علم نسخ الحديث الذي رواه. ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – احتجم فأفطر، كما روي عنه – عليه السلام – أنه «قاء فأفطر» فإن قيل: فقد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «رأى الحاجم والمحتجم يغتابان» فقال ذلك، قلنا: لم تثبت". (١)

٤٤٠. ١٠٠–"الإثمد غير المطيب، كالمليل ونحوه، لم يفطر. نص عليه أحمد. وقال ابن عقيل: إن كان الكحل حادا، فطره، وإلا فلا. ونحو ما ذكرناه قال أصحاب مالك. وعن ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، أن الكحل يفطر الصائم. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يفطره؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «، أنه اكتحل في رمضان وهو صائم» .

ولأن العين ليست منفذا؛ فلم يفطر بالداخل منها، كما لو دهن رأسه. ولنا أنه أوصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بفيه فأفطر به، كما لو أوصله من أنفه، وما رووه لم يصح، قال الترمذي: لم يصح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في باب الكحل للصائم شيء. ثم يحمله على أنه اكتحل بما لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٢٠

يصل. وقولهم: ليست العين منفذا لا يصح؛ فإنه يوجد طعمه في الحلق، ويكتحل بالإثمد فيتنخعه قال أحمد: حدثني إنسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار. ثم لا يعتبر في الواصل أن يكون من منفذ، بدليل ما لو جرح نفسه جائفة، فإنه يفطر.

[فصل ما لا يمكن التحرز منه كابتلاع الريق لا يفطره]

(٢٠٢٢) فصل: وما لا يمكن التحرز منه، كابتلاع الريق لا يفطره، لأن اتقاء ذلك يشق، فأشبه غبار الطريق، وغربلة الدقيق. فإن جمعه ثم ابتلعه قصدا لم يفطره؛ لأنه يصل إلى جوفه من معدته، أشبه ما إذا لم يجمعه. وفيه وجه آخر، أنه يفطره؛ لأنه أمكنه التحرز منه، أشبه ما لو قصد ابتلاع غبار الطريق. والأول أصح؛ فإن الريق لا يفطر إذا لم يجمعه، وإن قصد ابتلاعه، فكذلك إذا جمعه، بخلاف غبار الطريق، فإن خرج ريقه إلى ثوبه، أو بين أصابعه، أو بين شفتيه، ثم عاد فابتلعه، أو بلع ريق غيره، أفطر؛ لأنه ابتلعه من غير فمه، فأشبه ما لو بلع غيره. فإن قيل: فقد روت عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يقبلها وهو صائم، ويمص لسانها.» رواه أبو داود. قلنا: قد روي عن أبي داود أنه قال: هذا إسناد ليس بصحيح.

ويجوز أن يكون يقبل في الصوم، ويمص لسانها في غيره. ويجوز أن يمصه، ثم لا يبتلعه، ولأنه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل إلى فمه، فأشبه ما لو ترك حصاة مبلولة في فيه، أو لو تمضمض بماء ثم مجه. ولو ترك في فمه حصاة أو درهما، فأخرجه وعليه بلة من الريق، ثم أعاده في فيه، نظرت؛ فإن كان ما عليه من الريق كثيرا فابتلعه أفطر، وإن كان يسيرا لم يفطر بابتلاع ريقه. وقال بعض أصحابنا : يفطر لابتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم. ولنا أنه لا يتحقق انفصال ذلك البلل، ودخوله إلى حلقه، فلا يفطره، كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبلول. ويقوي ذلك حديث عائشة في مص لسانها. ولو أخرج لسانه وعليه بلة، ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه، لم يفطر.". (١)

٤٤١. ١٠١-"ولا يفر إذا لاقى» . وفي رواية: «وهو أفضل الصيام. فقلت: إني أطيق أفضل من ذلك. قال: لا أفضل من ذلك» . رواه البخاري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٢٢

[مسألة الهلال إذا رئي نهارا قبل الزوال أو بعده وكان ذلك في آخر رمضان]

(٢١٢٦) مسألة: قال: (وإذا رئي الهلال نهارا، قبل الزوال أو بعده، فهو لليلة المقبلة) وجملة ذلك أن المشهور عن أحمد، أن الهلال إذا رئي نهارا قبل الزوال أو بعده، وكان ذلك في آخر رمضان، لم يفطروا برؤيته. وهذا قول عمر، وابن مسعود، وابن عمر، وأنس، والأوزاعي، ومالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبي حنيفة.

وقال الثوري، وأبو يوسف: إن رئي قبل الزوال فهو لليلة الماضية، وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة. وروي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. رواه سعيد؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» . وقد رأوه، فيجب الصوم والفطر، ولأن ما قبل الزوال أقرب إلى الماضية.

وحكي هذا رواية عن أحمد. ولنا ما روى أبو وائل، قال: جاءنا كتاب عمر، ونحن بخانقين، أن الأهلة بعضها أكبر من بعض، فإذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى تمسوا، إلا أن يشهد رجلان أنهما رأياه بالأمس عشية. ولأنه قول ابن مسعود، وابن عباس، ومن سمينا من الصحابة، وخبرهم محمول على ما إذا رئي عشية، بدليل ما لو رئي بعد الزوال. ثم إن الخبر إنما يقتضي الصوم والفطر من الغد، بدليل ما لو رآه عشية.

فأما إن كانت الرؤية في أول رمضان، فالصحيح أيضا، أنه لليلة المقبلة. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنه للماضية، فيلزم قضاء ذلك اليوم، وإمساك بقيته احتياطا للعبادة، والأول أصح؛ لأن ما كان لليلة المقبلة في آخره، فهو لها في أوله، كما لو رئي بعد العصر.

[مسألة تأخير السحور وتعجيل الفطر]

[الفصل الأول في تعجيل السحور]

(٢١٢٧) مسألة: قال: (والاختيار تأخير السحور، وتعجيل الفطر) الكلام في هذه المسألة في فصلين:

(٢١٢٨) أحدهما، في السحور، والكلام فيه في ثلاثة أشياء؛ أحدها، في استحبابه. ولا نعلم فيه بين العلماء خلافا. وقد روى أنس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «تسحروا؛ فإن في السحور بركة» . متفق عليه.

وعن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر» . أخرجه مسلم، وأبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وروى الإمام أحمد، بإسناده عن أبي سعيد، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «السحور بركة، فلا تدعوه، ولو أن يجرع أحدكم جرعة". (١)

٤٤٢. ١٠٢-"عليهما، سواء كانا موسرين أو معسرين؛ لأن ذلك وجب عليهما بإمكانه في موضعه، فلم يسقط بفوات القدرة بعده.

[فصل الحكم في الكافر يسلم والمجنون يفيق في الحج]
(٢٢٥١) فصل: والحكم في الكافر يسلم، والمجنون يفيق، حكم الصبي يبلغ في جميع ما فصلناه، إلا أن هذين لا يصح منهما إحرام، ولو أحرما لم ينعقد إحرامهما؛ لأنهما من غير أهل العبادات، ويكون حكمهما حكم من لم يحرم.

[فصل إحرام العبد بالحج بغير إذن سيده]
(٢٢٥٢) فصل: وقد بقي من أحكام حج العبد أربعة فصول: أحدها، في حكم إحرامه. الثاني، في حكم نذره للحج. الثالث، في حكم ما يلزمه من الجنايات على إحرامه. الرابع، حكم إفساده وفواته.
(٢٢٥٣) الفصل الأول في إحرامه: وليس للعبد أن يحرم بغير إذن سيده؛ لأنه يفوت به حقوق سيده الواجبة عليه، بالتزام ما ليس بواجب، فإن فعل، انعقد إحرامه صحيحا، لأنها عبادة بدنية فصح من العبد الدخول فيها بغير إذن سيده، كالصلاة والصوم، ولسيده تحليله في إحدى الروايتين؛ لأن في بقائه عليه تفويتا لحقه من منافعه بغير إذنه، فلم يلزم ذلك سيده، كالصوم المضر ببدنه.
وهذا اختيار ابن حامد. وإذا حلله منه كان حكمه حكم المحصر. والثانية، ليس له تحليله. وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه لا يمكنه التحلل من تطوعه، فلم يملك تحليل عبده. والأول أصح؛ لأنه التزم التطوع باختيار نفسه، فنظيره أن يحرم عبده بإذنه، وفي مسألتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره. فأما إن أحرم بإذن سيده، فليس له تحليله. وبهذا قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة: له ذلك؛ لأنه ملكه منافع نفسه، فكان له الرجوع فيها، كالمعير يرجع في العارية. ولنا، أنه عقد لازم، عقده بإذن سيده، فلم يكن لسيده منعه منه، كالنكاح، ولا يشبه العارية، لأنها

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٣/٣

ليست لازمة.

ولو أعاره شيئا ليرهنه، فرهنه، لم يكن له الرجوع فيه. ولو باعه سيده بعدما أحرم فحكم مشتريه في تحليله حكم بائعه سواء؛ لأنه اشتراه مسلوب المنفعة، فأشبه الأمة المزوجة والمستأجرة. فإن علم المشتري بذلك، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فأشبه ما لو اشترى معيبا يعلم عيبه.

وإن لم يعلم، فله الفسخ؛ لأنه يتضرر بمضي العبد في حجه، لفوات منافعه، إلا أن يكون إحرامه بغير إذن سيده، ونقول: له تحليله. فلا يملك الفسخ؛ لأنه يمكنه دفع الضرر عنه.

ولو أذن له سيده". (١)

٤٤٣. ١٠٣-"ولنا، أنه واجب عليه بموجب هذا الإحرام، فلم يسقط بوجوب القضاء، كبقية المناسك، وكجزاء الصيد.

[فصل المجاوز للميقات ممن لا يريد النسك]

(٢٢٧٩) فصل: فأما المجاوز للميقات، ممن لا يريد النسك، فعلى قسمين؛ أحدهما، لا يريد دخول الحرم، بل يريد حاجة فيما سواه، فهذا لا يلزمه الإحرام بغير خلاف، ولا شيء عليه في ترك الإحرام، وقد أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه بدرا مرتين، وكانوا يسافرون للجهاد وغيره، فيمرون بذي الحليفة، فلا يحرمون، ولا يرون بذلك بأسا. ثم متى بدا لهذا الإحرام، وتجدد له العزم عليه، أحرم من موضعه، ولا شيء عليه. هذا ظاهر كلام الخرقي. وبه يقول مالك، والثوري، والشافعي، وصاحبا أبي حنيفة.

وحكى ابن المنذر، عن أحمد، في الرجل يخرج لحاجة، وهو لا يريد الحج، فجاوز ذا الحليفة، ثم أراد الحج، يرجع إلى ذي الحليفة، فيحرم. وبه قال إسحاق. ولأنه أحرم من دون الميقات، فلزمه الدم، كالذي يريد دخول الحرم. والأول أصح. وكلام أحمد يحمل على من يجاوز الميقات ممن يجب عليه الإحرام؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فهن لهن، ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن كان يريد حجا أو عمرة» . ولأنه حصل دون الميقات على وجه مباح. فكان له الإحرام منه، كأهل ذلك المكان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٣٩

ولأن هذا القول يفضي إلى أن من كان منزله دون الميقات، إذا خرج إلى الميقات، ثم عاد إلى منزله، وأراد الإحرام، لزمه الخروج إلى الميقات، ولا قائل به. وهو مخالف لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: (ومن كان منزله دون الميقات، فمهله من أهله) .

القسم الثاني، من يريد دخول الحرم، إما إلى مكة أو غيرها، فهم على ثلاثة أضرب؛ أحدها، من يدخلها لقتال مباح، أو من خوف، أو لحاجة متكررة، كالحشاش، والحطاب، وناقل الميرة والفيح، ومن كانت له ضيعة يتكرر دخوله وخروجه إليها، فهؤلاء لا إحرام عليهم؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل يوم الفتح مكة حلالا وعلى رأسه المغفر، وكذلك أصحابه، ولم نعلم أحدا منهم أحرم يومئذ، ولو أوجبنا الإحرام على كل من يتكرر دخوله، أفضى إلى أن يكون جميع زمانه محرما، فسقط للحرج. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأحد دخول الحرم بغير إحرام، إلا من كان دون الميقات؛ لأنه يجاوز الميقات مريدا للحرم، فلم يجز بغير إحرام كغيره.". (١)

٤٤٤. ١٠٤-"عليها.

وقد روي أن سعدا سمع بعض بني أخيه وهو يلبي: يا ذا المعارج. فقال: إنه لذو المعارج، وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله. – صلى الله عليه وسلم –

[فصل يستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته]

(٢٣٠٦) فصل: ويستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته. قال أحمد: إن شئت لبيت بالحج، وإن شئت لبيت بالحج والعمرة، وإن شئت بعمرة، وإن لبيت بحج وعمرة بدأت بالعمرة، فقلت: لبيك بعمرة وحجة.

وقال أبو الخطاب: لا يستحب ذلك. وهو اختيار ابن عمر، وقول الشافعي؛ لأن جابرا قال: ما سمى النبي – صلى الله عليه وسلم – في تلبيته حجا، ولا عمرة. وسمع ابن عمر رجلا يقول: لبيك بعمرة. فضرب صدره، وقال: تعلمه ما في نفسك. ولنا ما روى أنس، قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «لبيك عمرة وحجا» . وقال جابر: «قدمنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم –

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٥٣

ونحن نقول: لبيك بالحج» . وقال ابن عباس: «قدم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه، وهم يلبون بالحج» . وقال ابن عمر: «بدأ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأهل بالعمرة، ثم أهل بالحج» . متفق على هذه الأحاديث. وقال أنس: «سمعتهم يصرخون بهما صراخا» . رواه البخاري. وقال أبو سعيد: «خرجنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – نصرخ بالحج فحللنا، فلما كان يوم التروية لبينا بالحج، وانطلقنا إلى منى.» وهذه الأحاديث أصح وأكثر من حديثهم. وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه؛ فإن النسائي روى بإسناده، عن «الصبي بن معبد، أنه أول ما حج لبى بالحج والعمرة جميعا، ثم ذكر ذلك لعمر. فقال: هديت لسنة نبيك» . وإن لم يذكر ذلك في تلبيته، فلا بأس؛ فإن النية محلها القلب، والله أعلم بها.

[فصل لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه]

(٢٣٠٧) فصل: وإن حج عن غيره، كفاه مجرد النية عنه. قال أحمد: لا بأس بالحج عن الرجل، ولا يسميه.

وإن ذكره في التلبية، فحسن. قال أحمد: إذا حج عن رجل يقول أول ما يلبي: عن فلان. ثم لا يبالي أن لا يقول بعد. وذلك لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – للذي سمعه يلبي عن شبرمة: «لب عن نفسك،". (١)

٤٤٥. ١٠٥–"ووجه الرواية الصحيحة، أن الرجعية زوجة، والرجعة إمساك، بدليل قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة: ٢٣١] . فأبيح ذلك كالإمساك قبل الطلاق. ولا نسلم أن الرجعة استباحة، فإن الرجعية مباحة، وإن سلمنا أنها استباحة، فتبطل بشرى الأمة للشراء، ولأن ما يتعلق به إباحة الزوجة مباح في النكاح، كالتكفير في الظهار.

وأما شراء الإماء فمباح، وسواء قصد به الشراء أو لم يقصد. لا نعلم فيه خلافا، فإنه ليس بموضوع الاستباحة في البضع، فأشبه شراء العبيد والبهائم، ولذلك أبيح شراء من لا يحل وطؤها، فلذلك لم يحرم في حالة يحرم فيها الوطء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٢/٣

[مسألة للمحرم أن يقتل الحدأة والغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور]

(٢٣٩٦) مسألة: قال: (وله أن يقتل الحدأة، والغراب، والفأرة، والعقرب، والكلب العقور، وكل ما عدا عليه، أو آذاه، ولا فداء عليه) هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحابالرأي، وحكي عن النخعي أنه منع قتل الفأرة. والحديث صريح في حل قتلها، فلا يعول على ما خالفه. والمراد بالغراب الأبقع غراب البين.

وقال قوم: لا يباح من الغربان إلا الأبقع خاصة؛ لأنه قد روي: «خمس فواسق، يقتلن في الحرم: الحية، والغراب الأبقع، والفأرة، والكلب العقور، والحدأة» . رواه مسلم. وهذا يقيد المطلق في الحديث الآخر، ولا يمكن حمله على العموم؛ بدليل أن المباح من الغربان لا يحل قتله.

ولنا، ما روت عائشة؛ قالت: «أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بقتل خمس فواسق في الحل والحرم: الحدأة، والغراب، والفأرة، والعقرب، والكلب العقور» . وعن ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «خمس من الدواب، ليس على المحرم جناح في قتلهن» . وذكر مثل حديث عائشة. متفق عليه.

وفي لفظ لمسلم، في حديث ابن عمر: «خمس لا جناح على من قتلهن في الحرم والإحرام» . وهذا عام في الغراب، وهو أصح من الحديث الآخر. ولأن غراب البين محرم الأكل،". (١)

٤٤٦. ١٠٦-"صلاة، فيشترط له الموالاة، كسائر الصلوات، أو نقول عبادة متعلقة بالبيت، فاشترطت لها الموالاة، كالصلاة، ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العرف، من غير تحديد. وقد روي عن أبي عبد الله، رحمه الله، رواية أخرى، إذا كان له عذر يشغله، بنى، وإن قطعه من غير عذر، أو لحاجته، استقبل الطواف. وقال: إذا أعيا في الطواف، لا بأس أن يستريح. وقال الحسن غشي عليه، فحمل إلى أهله، فلما أفاق أتمه. قال أبو عبد الله: فإن شاء أتمه، وإن شاء استأنف؛ وذلك لأنه قطعه لعذر، فجاز البناء عليه، كما لو قطعه لصلاة.

[فصل الموالاة غير شرط في السعي بين الصفا والمروة]

(٢٤٩٣) فصل: فأما السعي بين الصفا والمروة، فظاهر كلام أحمد أن الموالاة غير مشترطة فيه، فإنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣١٤

قال في رجل كان بين الصفا والمروة، فلقيه فإذا هو يعرفه، يقف، فيسلم عليه، ويسائله؟ قال: نعم، أمر الصفا سهل، إنما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت، فأما بين الصفا والمروة فلا بأس. وقال القاضي: تشترط الموالاة فيه، قياسا على الطواف. وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد. والأول **أصح**؛ فإنه نسك لا يتعلق بالبيت، فلم تشترط له الموالاة، كالرمي والحلاق. وقد روى الأثرم، أن سودة بنت عبد الله بن عمر، امرأة عروة بن الزبير، سعت بين الصفا والمروة، فقضت طوافها في ثلاثة أيام، وكانت ضخمة. وكان عطاء لا يرى بأسا أن يستريح بينهما، ولا يصح قياسه على الطواف؛ لأن الطواف يتعلق بالبيت، وهو صلاة تشترط له الطهارة والستارة، فاشترطت له الموالاة، بخلاف السعي.

[مسألة أحدث في بعض طوافه]

(٢٤٩٤) مسألة: قال: (وإن أحدث في بعض طوافه، تطهر، وابتدأ الطواف، إذا كان فرضا) أما إذا أحدث عمدا فإنه يبتدئ الطواف؛ لأن الطهارة شرط له، فإذا أحدث عمدا أبطله، كالصلاة، وإن سبقه الحدث، ففيه روايتان: إحداهما، يبتدئ أيضا. وهو قول الحسن، ومالك، قياسا على الصلاة. والرواية الثانية، يتوضأ، ويبني. وبها قال الشافعي، وإسحاق. قال حنبل عن أحمد في من طاف ثلاثة أشواط أو أكثر: يتوضأ، فإن شاء بنى، وإن شاء استأنف. قال أبو عبد الله: يبني إذا لم يحدث حدثا إلا الوضوء، فإن عمل عملا غير ذلك، استقبل الطواف؛ وذلك لأن الموالاة تسقط عند العذر في إحدى الروايتين، وهذا معذور، فجاز البناء، وإن اشتغل بغير الوضوء، فقد ترك الموالاة لغير عذر، فلزمه الابتداء إذا كان الطواف فرضا، فأما المسنون، فلا يجب إعادته، كالصلاة المسنونة إذا بطلت.". (١)

٤٤٧. ١٠٧-"- صلى الله عليه وسلم - والحديث الأول أثبت. فعلى هذا يكون كثرة الناس، وشدة الزحام عذرا. ويحتمل أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - قصد تعليم الناس مناسكهم، فلم يتمكن منه إلا بالركوب، والله أعلم.

(٢٤٩٧) فصل: إذا طاف راكبا، أو محمولا، فلا رمل عليه. وقال القاضي: يخب به بعيره. والأول **أصح**؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يفعله، ولا أمر به، ولأن معنى الرمل لا يتحقق فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٧

(٢٤٩٨) فصل: فأما السعي راكبا، فيجزئه لعذر ولغير عذر؛ لأن المعنى الذي منع الطواف راكبا غير موجود فيه.

[مسألة من كان مفردا أو قارنا استحب له أن يفسخ النية إذا طاف وسعى]

(٢٤٩٩) مسألة: قال: (ومن كان مفردا، أو قارنا، أحببنا له أن يفسخ إذا طاف وسعى، ويجعلها عمرة، إلا أن يكون معه هدي، فيكون على إحرامه) أما إذا كان معه هدي، فليس له أن يحل من إحرام الحج، ويجعله عمرة، بغير خلاف نعلمه. وقد روى ابن عمر، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما قدم مكة، قال للناس: من كان منكم أهدى، فإنه لا يحل من شيء حرم منه، حتى يقضي حجه، ومن لم يكن منكم أهدى، فليطف بالبيت، وبالصفا والمروة، وليقصر، وليحلل، ثم ليهل بالحج، وليهد، ومن لم يجد هديا، فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله» . متفق عليه.

وأما من لا هدي معه، ممن كان مفردا أو قارنا، فيستحب له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيته بالحج، وينوي عمرة مفردة، فيقصر، ويحل من إحرامه؛ ليصير متمتعا، إن لم يكن وقف بعرفة. وكان ابن عباس يرى أن من طاف بالبيت، وسعى، فقد حل، وإن لم ينو ذلك. وبما ذكرناه قال الحسن، ومجاهد، وداود، وأكثر أهل العلم، على أنه لا يجوز له ذلك؛ لأن الحج أحد النسكين، فلم يجز فسخه كالعمرة، فروى ابن ماجه، بإسناده، عن الحارث بن بلال المزني، عن أبيه «، أنه قال: يا رسول الله، فسخ الحج لنا خاصة، أو لمن أتى؟ قال: لنا خاصة» .

وروي أيضا عن المرقع الأسدي، عن أبي ذر قال: «كان ما أذن لنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين دخلنا مكة، أن نجعلها عمرة، ونحل من كل شيء، أن تلك كانت لنا خاصة، رخصة من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دون جميع الناس» .

ولنا، أنه قد صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر أصحابه في حجة الوداع الذين أفردوا الحج وقرنوا، أن يحلوا كلهم، ويجعلوها عمرة، إلا من كان معه الهدي، وثبت ذلك في أحاديث كثيرة، متفق عليهن، بحيث يقرب من التواتر والقطع، ولم يختلف في صحة ذلك وثبوته عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أحد من أهل العلم علمناه

وذكر أبو حفص، في (شرحه) ، قال: سمعت أبا عبد الله بن بطة يقول: سمعت أبا بكر". (١)

٤٤٨. ١٠٨-"بن أيوب يقول: سمعت إبراهيم الحربي يقول، وسئل عن فسخ الحج، فقال: قال سلمة بن شبيب لأحمد بن حنبل: يا أبا عبد الله، كل شيء منك حسن جميل، إلا خلة واحدة. فقال: وما هي؟ قال تقول بفسخ الحج. فقال أحمد: قد كنت أرى أن لك عقلا، عندي ثمانية عشر حديثا صحاحا جيادا، كلها في فسخ الحج، أتركها لقولك

وقد روى فسخ الحج ابن عمر، وابن عباس، وجابر، وعائشة، وأحاديثهم متفق عليها. ورواه غيرهم، وأحاديثهم كلها صحاح. قال أحمد: روي الفسخ عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من حديث جابر، وعائشة، وأسماء، والبراء، وابن عمر، وسبرة الجهني، وفي لفظ حديث جابر، قال: «أهللنا أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالحج خالصا وحده، وليس معه عمرة، فقدم النبي - صلى الله عليه وسلم - صبح رابعة مضت من ذي الحجة، فلما قدمنا، أمرنا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن نحل، قال: حلوا، وأصيبوا من النساء. قال: فبلغه عنا أنا نقول: لم يكن بيننا وبين عرفة إلا خمس ليال، أمرنا أن نحل إلى نسائنا، فنأتي عرفة تقطر مذاكيرنا المني. قال: فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: قد علمتم أني أتقاكم لله، وأصدقكم، وأبركم، ولولا هديي لحللت كما تحلون، فحلوا، ولو استقبلت من أمري ما استدبرت، ما أهديت. قال: فحللنا، وسمعنا، وأطعنا. قال فقال سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي: متعتنا هذه يا رسول الله لعامنا هذا، أم للأبد؟ فظنه محمد بن بكر، أنه قال: للأبد» . متفق عليه. فأما حديثهم، فقال أحمد: روى هذا الحديث الحارث بن بلال، فمن الحارث بن بلال؟ يعني أنه مجهول. ولم يروه إلا الدراوردي، وحديث أبي ذر رواه مرقع الأسدي، فمن مرقع الأسدي، شاعر من أهل الكوفة، ولم يلق أبا ذر. فقيل له: أفليس قد روى الأعمش عن إبراهيم التيمي، عن أبيه، عن أبي ذر؟ قال: كانت متعة الحج لنا خاصة أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. قال: أفيقول بهذا أحد؟ المتعة في كتاب الله، وقد أجمع الناس على أنها جائزة. قال الجوزجاني: مرقع الأسدي ليس بمشهور، ومثل هذه الأحاديث في ضعفها وجهالة رواتها، لا تقبل إذا انفردت، فكيف تقبل في رد حكم ثابت بالتواتر، مع أن قول أبي ذر من رأيه، وقد خالفه من هو أعلم منه، وقد شذ به عن الصحابة، - رضي الله عنهم -، فلا يلتفت إلى هذا، وقد اختلف لفظه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٩

ففي أصح الطريقين عنه قوله مخالف لكتاب الله تعالى، وقول رسول الله، وإجماع المسلمين، وسنن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الثابتة الصحيحة، فلا يحل الاحتجاج به. وأما قياسهم في مقابلة قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلا يقبل، على أن قياس الحج على العمرة في هذا لا يصح، فإنه يجوز قلب الحج إلى العمرة في حق من فاته الحج، ومن حصر عن عرفة، والعمرة لا تصير حجا بحال. ولأن فسخ الحج إلى العمرة يصير به متمتعا، فتحصل الفضيلة، وفسخ العمرة إلى الحج يفوت الفضيلة، ولا يلزم من مشروعية ما يحصل به الفضيلة مشروعية تفويتها.". (١)

٤٤٩. ١٠٩–"حديثا مرفوعا بوجه من الوجوه. وقال قوم: إنما أمر عمر بالتأذين للثانية؛ لأن الناس كانوا قد تفرقوا لعشائهم، فأذن لجمعهم، وكذلك ابن مسعود، فإنه يجعل العشاء بالمزدلفة بين الصلاتين.

[مسألة إن فاته الجمع مع الإمام بمزدلفة صلى ى وحده]

(٢٥٢١) مسألة: قال: (وإن فاته مع الإمام، صلى وحده) معناه أنه يجمع منفردا، كما يجمع مع الإمام. ولا خلاف في هذا؛ لأن الثانية منهما تصلى في وقتها، بخلاف العصر مع الظهر. وكذلك إن فرق بينهما، لم يبطل الجمع كذلك، ولما روى أسامة، قال: ثم أقيمت الصلاة، فصلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله، ثم أقيمت العشاء، فصلاها. وروى البخاري، عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: حج عبد الله، فأتينا إلى مزدلفة حين الأذان بالعتمة، أو قريبا من ذلك، فأمر رجلا، فأذن وأقام، ثم صلى المغرب، ثم صلى بعدها ركعتين، ثم دعا بعشائه، ثم أمر – أرى – فأذن، وأقام، ثم صلى العشاء، ثم قال: رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يفعله. ولأن الجمع متى كان في وقت الثانية لم يضر التفريق شيئا.

(٢٥٢٢) فصل: والسنة التعجيل بالصلاتين، وأن يصلي قبل حط الرحال؛ لما ذكرنا من حديث أسامة، وفي بعض ألفاظه، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أقام للمغرب، ثم أناخ الناس في منازلهم، ولم يحلوا حتى أقام العشاء الآخرة، فصلى ثم حلوا» . رواه مسلم. والسنة أن لا تطوع بينهما. قال ابن المنذر: لا أعلمهم يختلفون في ذلك. وقد روي عن ابن مسعود أنه تطوع بينهما، ورواه عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٦٠

النبي - صلى الله عليه وسلم -.

ولنا، حديث أسامة وابن عمر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يصل بينهما» . وحديثهما أصح، وقد تقدم في ترك التفريق بينهما. (٢٥٢٣) فصل: فإن صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة ولم يجمع، خالف السنة، وصحت صلاته. وبه قال عطاء، وعروة، والقاسم بن محمد، وسعيد بن جبير، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو يوسف، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يجزئه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع بين الصلاتين، فكان نسكا، وقد قال: (خذوا عني مناسككم) . ولنا، أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما، جاز التفريق بينهما، كالظهر والعصر بعرفة، وفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - محمول على أنه الأولى والأفضل، ولئلا ينقطع سيره، ويبطل ما ذكروه بالجمع بعرفة.

[مسألة إذا صلى الفجر بمزدلفة وقف عند المشعر الحرام فدعا]

(٢٥٢٤) مسألة: قال: (فإذا صلى الفجر، وقف عند المشعر الحرام، فدعا)". (١)

٤٥٠. ١١٠-"من شعار الحج، فلا يقطع إلا بالشروع في الإحلال، وأوله رمي جمرة العقبة.

[مسألة يأخذ حصى الجمار من طريقه أو من مزدلفة]

(٢٥٣٠) مسألة: قال: (ويأخذ حصى الجمار من طريقه، أو من مزدلفة) إنما استحب ذلك لئلا يشتغل عند قدومه بشيء قبل الرمي، فإن الرمي تحية له، كما أن الطواف تحية المسجد، فلا يبدأ بشيء قبله. وكان ابن عمر يأخذ الحصى من جمع، وفعله سعيد بن جبير، وقال: كانوا يتزودون الحصى من جمع. واستحبه الشافعي.

وعن أحمد، قال: خذ الحصى من حيث شئت. وهو قول عطاء، وابن المنذر. وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن ابن عباس قال: «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غداة العقبة، وهو على ناقته: القط لي حصى. فلقطت له سبع حصيات من حصى الخذف، فجعل يقبضهن في كفه، ويقول: أمثال هؤلاء فارموا» . «ثم قال: أيها الناس، إياكم والغلو في الدين، فإنما أهلك من كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧٥

قبلكم الغلو في الدين» . رواه ابن ماجه. وكان ذلك بمنى، ولا خلاف في أنه يجزئه أخذه من حيث كان، والتقاط الحصى أولى من تكسيره؛ لهذا الخبر، ولأنه لا يؤمن في التكسير أن يطير إلى وجهه شيء يؤذيه.

ويستحب أن تكون الحصيات كحصى الخذف؛ لهذا الخبر، ولقول جابر في حديثه: كل حصاة منها مثل حصى الخذف. وروى سليمان بن عمرو بن الأحوص، عن أمه، قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «يا أيها الناس، إذا رأيتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف» . رواه أبو داود. قال الأثرم: يكون أكبر من الحمص ودون البندق. وكان ابن عمر يرمي بمثل بعر الغنم. فإن رمى بحجر كبير، فقد روي عن أحمد أنه قال: لا يجزئه حتى يأتي بالحصى على ما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم -. وذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بهذا القدر، ونهى عن تجاوزه، والأمر يقتضي الوجوب، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأن الرمي بالكبير ربما آذى من يصيبه.

وقال بعض أصحابنا : يجزئه مع تركه للسنة؛ لأنه قد رمى بالحجر، وكذلك الحكم في الصغير.

[فصل يجزئ الرامي بكل ما يسمى حصى]

(٢٥٣١) فصل: ويجزئ الرامي بكل ما يسمى حصى، وهي الحجارة الصغار، سواء كان أسود أو أبيض أو أحمر، من المرمر، أو البرام، أو المرو، وهو الصوان، أو الرخام، أو الكذان، أو حجر المسن. وهو قول مالك، والشافعي.

وقال القاضي: لا يجزئ الرخام ولا البرام والكذان. ويقتضي قوله، أن لا يجزئ المرو ولا حجر المسن. وقال أبو حنيفة: يجوز بالطين والمدر، وما كان". (١)

٤٥١. ١١١-"أو فتل، أو عقص، فهو على ما نوى. يعني إن نوى الحلق فليحلق، وإلا فلا يلزمه. وقال أصحاب الرأي: هو مخير على كل حال؛ لأن ما ذكرناه يقتضي التخيير على العموم، ولم يثبت في خلاف ذلك دليل.

واحتج من نصر القول الأول، بأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من لبد فليحلق» . وثبت عن عمر وابنه أنهما أمرا من لبد رأسه أن يحلقه. وثبت أن النبي - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧٩

وسلم - لبد رأسه وأنه حلقه. والصحيح أنه مخير، إلا أن يثبت الخبر عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. وقول عمر وابنه قد خالفهما فيه ابن عباس، وفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - له لا يدل على وجوبه، بعدما بين لهم جواز الأمرين.

[فصل الحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة]

(٢٠٤٧) فصل: والحلق والتقصير نسك في الحج والعمرة، في ظاهر مذهب أحمد، وقول الخرقي، وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وعن أحمد أنه ليس بنسك، وإنما هو إطلاق من محظور كان محرما عليه بالإحرام، فأطلق فيه عند الحل، كاللباس والطيب وسائر محظورات الإحرام.

فعلى هذه الرواية لا شيء على تاركه، ويحصل الحل بدونه. ووجهها أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بالحل من العمرة قبله، فروى «أبو موسى، قال: قدمت على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال لي: بم أهللت؟ . قلت: لبيك بإهلال كإهلال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. قال: أحسنت. فأمرني فطفت بالبيت، وبين الصفا والمروة، ثم قال لي: أحل» . متفق عليه. وعن جابر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما سعى بين الصفا والمروة، قال: من كان منكم ليس معه هدي فليحل، وليجعلها عمرة» رواه مسلم. وعن سراقة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا قدمتم فمن تطوف بالبيت، وبين الصفا والمروة، فقد حل، إلا من كان معه هدي» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني، في (المترجم) . ولأن ما كان محرما في الإحرام، إذا أبيح، كان إطلاقا من محظور، كسائر محرماته، والرواية الأولى أصح، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به، فروى ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لم يكن معه هدي، فليطف بالبيت، وبين الصفا والمروة، وليقصر، وليحلل» . وعن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أحلوا من إحرامكم بطواف بالبيت وبين الصفا والمروة، وقصروا» . وأمره يقتضي الوجوب. ولأن الله تعالى وصفهم به، بقوله سبحانه: ﴿محلقين رءوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧] . ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به، كاللبس وقتل الصيد، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ترحم على المحلقين ثلاثا، وعلى المقصرين مرة، ولو لم يكن من المناسك، لما دخله التفضيل، كالمباحات، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه فعلوه في جميع حجهم وعمرهم، ولم يخلوا به، ولو لم يكن نسكا لما داوموا عليه، بل لم يفعلوه إلا نادرا،

لأنه لم يكن من عادتهم،". (١)

٤٥٢. ١١٢-"الإحرام من الحل؛ لأن الإحرام ينبغي أن يجمع فيه بين الحل والحرم، فلو أبحنا لهذا الإحرام من الحرم لم يجمع بينهما؛ لأن أفعاله كلها تقع في الحرم، فأشبه المعتمر. وإذا أحرم من الحل، طاف للزيارة، وسعى إن كان لم يسع في حجه.

وإن كان سعى، طاف للزيارة، وتحلل. هذا ظاهر كلام الخرقي؛ لأن الذي بقي عليه بقية أفعال الحج، وإنما وجب عليه الإحرام ليأتي بها في إحرام صحيح. والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمة، أنه يعتمر، فيحتمل أنهم أرادوا هذا أيضا، وسموه عمرة؛ لأن هذا هو أفعال العمرة؛ ويحتمل أنهم أرادوا عمرة حقيقية، فيلزمه سعي وتقصير. والأول أصح؛ لما ذكرنا. وقول الخرقي: " يحرم من التنعيم ". لم يذكره لتعيين الإحرام منه، بل لأنه حل، فمن أحل وأحرم جاز كالمعتمر.

(٢٦٣٠) فصل: ولا فرق بين من حلق ومن لم يحلق، في أنه لا يفسد حجه بالوطء بعد الرمي، وعليه دم وإحرام من الحل. هذا ظاهر كلام أحمد، والخرقي ومن سميناه من الأئمة، لترتيبهم هذا الحكم على الوطء بعد مجرد الرمي، من غير اعتبار أمر زائد.

[فصل طاف للزيارة ولم يرم ثم وطئ]

(٢٦٣١) فصل: فإن طاف للزيارة، ولم يرم، ثم وطئ، لم يفسد حجه بحال؛ لأن الحج قد تم أركانه كلها، ولا يلزمه إحرام من الحل، فإن الرمي ليس بركن. وهل يلزمه دم؟ يحتمل أنه لا يلزمه شيء؛ لما ذكرنا، ويحتمل أنه يلزمه؛ لأنه وطئ قبل وجود ما يتم به التحلل، فأشبه من وطئ بعد الرمي وقبل الطواف.

[فصل فصل القارن إذا وطئ بعد الرمي لم يفسد حجه ولا عمرته]

(٢٦٣٢) فصل: والقارن كالمفرد؛ فإنه إذا وطئ بعد الرمي لم يفسد حجه، ولا عمرته؛ لأن الحكم للحج، ألا ترى أنه لا يحل من عمرته قبل الطواف، ويفعل ذلك إذا كان قارنا، ولأن الترتيب للحج دونها، والحج لا يفسد قبل الطواف، كذلك العمرة. وقال أحمد من وطئ بعد الطواف يوم النحر قبل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٨٧

أن يركع: ما عليه شيء. قال أبو طالب: سألت أحمد عن الرجل يقبل بعد رمي جمرة العقبة، قبل أن يزور البيت؟ قال: ليس عليه شيء، قد قضى المناسك. فعلى هذا، ليس عليه فيما دون الوطء في الفرج شيء.

[مسألة نسي الرمي إلى الليل]

(٢٦٣٣) مسألة: قال: (ومباح لأهل السقاية والرعاة، أن يرموا بالليل) تروى هذه اللفظة: " الرعاة " بضم الراء وإثبات الهاء، مثل الدعاة والقضاة. والرعاء، بكسر الراء والمد من غير هاء، وهما لغتان صحيحتان. قال الله تعالى: ﴿حتى يصدر الرعاء﴾ [القصص: ٢٣] . وفي بعض الحديث: «أرخص للرعاة أن يرموا يوما، ويدعوا يوما» . وإنما أبيح لهؤلاء الرمي بالليل؛". (١)

٤٥٣. ١١٣-"(٢٦٩٩) الفصل الرابع، أن الهدي يلزم من فاته الحج في أصح الروايتين. وهو قول من سمينا من الصحابة، والفقهاء، إلا أصحاب الرأي، فإنهم قالوا: لا هدي عليه. وهي الرواية الثانية عن أحمد؛ لأنه لو كان الفوات سببا لوجوب الهدي، للزم المحرم هديان؛ للفوات والإحصار.

ولنا، حديث عطاء، وإجماع الصحابة، ولأنه حل من إحرامه قبل إتمامه، فلزمه هدي، كالمحرم، لم يفت حجه، فإنه يحل قبل فواته. إذا ثبت هذا فإنه يخرج الهدي في سنة القضاء، إن قلنا بوجوب القضاء، وإلا أخرجه في عامه. وإذا كان معه هدي قد ساقه نحره، ولا يجزئه، إن قلنا بوجوب القضاء، بل عليه في السنة الثانية هدي أيضا. نص عليه أحمد، وذلك لحديث عمر الذي ذكرناه.

والهدي ما استيسر، مثل هدي المتعة؛ لحديث عمر. أيضا. والمتمتع، والمفرد، والقارن، والمكي وغيره، سواء فيما ذكرنا؛ لأن الفوات يشمل الجميع.

[فصل اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحج من قابل]

(٢٧٠٠) فصل: فإن اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحج من قابل، فله ذلك. روي ذلك عن مالك؛ لأن تطاول المدة بين الإحرام وفعل النسك لا يمنع إتمامه، كالعمرة، والمحرم بالحج في غير أشهره. ويحتمل أنه ليس له ذلك. وهو قول الشافعي، وأصحابالرأي، وابن المنذر، ورواية عن مالك؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٦/٣

لظاهر الخبر، وقول الصحابة – رضي الله عنهم –، ولأن إحرام الحج يصير في غير أشهره فصار كالمحرم بالعبادة قبل وقتها.

[فصل إذا فات القارن الحج]

(٢٧٠١) فصل: وإذا فات القارن الحج، حل، وعليه مثل ما أهل به من قابل. نص عليه أحمد. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق. ويحتمل أن يجزئه ما فعل عن عمرة الإسلام، ولا يلزمه إلا قضاء الحج؛ لأنه لم يفته غيره.

وقال أصحاب الرأي، والثوري: يطوف ويسعى لعمرته، ثم لا يحل حتى يطوف ويسعى لحجه. إلا أن سفيان قال: ويهرق دما. والوجه الأول أن يجب القضاء على حسب الأداء، في صورته ومعناه، فيجب أن يكون هاهنا كذلك، ويلزمه؛ هديان؛ هدي للقران، وهدي فواته. وبه قال مالك، والشافعي. وقيل: يلزمه هدي ثالث للقضاء. وليس بشيء، فإن القضاء لا يجب له هدي، وإنما يجب الهدي الذي في سنة القضاء للفوات، وكذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدي واحد. والله أعلم.

[فصل إذا أخطأ الناس العدد فوقفوا في غير ليلة عرفة]

(٢٧٠٢) فصل إذا أخطأ الناس العدد فوقفوا في غير ليلة عرفة، أجزأهم ذلك؛ لما روى الدارقطني. بإسناده، عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «يوم عرفة الذي يعرف فيه الناس. فإن اختلفوا، فأصاب بعض، وأخطأ بعض وقت الوقوف، لم يجزئهم؛". (١)

٤٥٤. ١١٤–"لأنهم غير معذورين في هذا» وروى أبو هريرة، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «فطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون» رواه الدارقطني وغيره.

[مسألة العبد لا يلزمه هدي]

(٢٧٠٣) مسألة؛ قال: (وإن كان عبدا، لم يكن له أن يذبح، وكان عليه أن يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما، ثم يقصر ويحل) يعني أن العبد لا يلزمه هدي؛ لأنه لا مال له، فهو عاجز عن الهدي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٦/٣

فلم يلزمه كالمعسر. وظاهر كلام الخرقي أنه لو أذن له سيده في الهدي لم يكن له أن يهدي، ولا يجزئه إلا الصيام وهذا قول الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي. ذكره ابن المنذر عنهم في الصيد. وعلى قياس هذا كل دم لزمه في الإحرام لا يجزئه عنه إلا الصيام.

وقال غير الخرقي: إن ملكه السيد هديا، وأذن له في ذبحه خرج على الروايتين. إن قلنا: إن العبد يملك بالتمليك. لزمه أن يهدي، ويجزئ عنه؛ لأنه قادر على الهدي، مالك له، فلزمه كالحر.

وإن قلنا: لا يملك. لم يجزئه إلا الصيام؛ لأنه ليس بمالك، ولا سبيل له إلى الملك، فصار كالمعسر الذي لا يقدر على غير الصيام. وإذا صام فإنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما. وينبغي أن يخرج فيه من الخلاف ما ذكرناه في الصيد، ومتى بقي من قيمتها أقل من مد صام عنه يوما كاملا؛ لأن الصوم لا يتبعض، فيجب تكميله، كمن نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار، لزمه صوم يوم كامل، والأولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام، كصوم المتعة، كما جاء في حديث عمر أنه قال لهبار بن الأسود: فإن وجدت سعة فأهد، فإن لم تجد سعة، فصم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجعت، إن شاء الله تعالى.

وروى الشافعي، في " مسنده " عن ابن عمر مثل ذلك. وأحمد ذهب إلى حديث عمر، واحتج به؛ لأنه صوم وجب لحله من إحرامه قبل إتمامه، فكان عشرة أيام كصوم المحرم. والمعسر في الصوم كالعبد، ولذلك قال عمر لهبار بن الأسود: إن وجدت سعة فأهد، فإن لم تجد فصم. ويعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب، وهو في سنة القضاء إن قلنا بوجوبه، أو في سنة الفوات إن قلنا لا يجب القضاء.

وقول الخرقي: " ثم يقصر ويحل ". يريد أن العبد لا يحلق هاهنا، ولا في موضع آخر؛ لأن الحلق إزالة الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته، وهو ملك لسيده، ولم يتعين إزالته، فلم يكن له إزالته. كغير حالة الإحرام. وإن أذن له السيد في الحلق جاز؛ لأنه إنما منع منه لحقه.

[مسألة المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة]

(٢٧٠٤) مسألة؛ قال: (وإذا أحرمت المرأة لواجب، لم يكن لزوجها منعها) وجملة ذلك أن المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب، أو العمرة الواجبة، وهي حجة الإسلام وعمرته، أو المنذور منهما، فليس لزوجها منعها من المضي فيها، ولا تحليلها، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم أحمد والنخعي، وإسحاق،

وأصحابالرأي، والشافعي في أصح القولين له، وقال في الآخر: له منعها.". (١)

٤٥٥. ١١٥-"الثاني، أن يوجبه بلسانه، فيقول: هذا هدي. أو يقلده أو يشعره، ينوي بذلك إهداءه، فيصير واجبا معينا، يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه، ويصير في يدي صاحبه كالوديعة، يلزمه حفظه وإيصاله إلى محله، فإن تلف بغير تفريط منه، أو سوق، أو ضل، لم يلزمه شيء؛ لأنه لم يجب في الذمة، إنما تعلق الحق بالعين، فسقط بتلفها، كالوديعة.

وقد روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عمر - رضي الله عنهما -، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من أهدى تطوعا، ثم ضلت، فليس عليه البدل، إلا أن يشاء، فإن كان نذرا، فعليه البدل» .

وفي رواية، قال: «من أهدى تطوعا، ثم عطب فإن شاء أبدل، وإن شاء أكل، وإن كان نذرا فليبدل» . فأما إن أتلفه، أو تلف بتفريطه، فعليه ضمانه؛ لأنه أتلف واجبا لغيره، فضمنه، كالوديعة.

وإن خاف عطبه، أو عجز عن المشي وصحبة الرفاق، نحره موضعه، وخلى بينه وبين المساكين، ولم يبح له أكل شيء منه، ولا لأحد من صحابته، وإن كانوا فقراء، ويستحب له أن يضع نعل الهدي المقلد في عنقه في دمه، ثم يضرب به صفحته، ليعرفه الفقراء، فيعلموا أنه هدي، وليس بميتة، فيأخذوه. وبهذا قال الشافعي، وسعيد بن جبير. وروي عن ابن عمر أنه أكل من هديه الذي عطب، ولم يقض مكانه.

وقال مالك: يباح لرفقته، ولسائر الناس، غير صاحبه أو سائقه، ولا يأمر أحدا يأكل منه، فإن أكل، أو أمر من أكل، أو حز شيئا من لحمه، ضمنه. واحتج ابن عبد البر لذلك، بما روى هشام بن عروة، عن أبيه، عن ناجية بنت كعب، صاحب بدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «يا رسول الله، كيف أصنع بما عطب من الهدي؟ قال: انحره، ثم اغمس قلائده في دمه، ثم اضرب بها صفحة عنقه، ثم خل بينه وبين الناس» . قال: وهذا أصح من حديث ابن عباس، وعليه العمل عند الفقهاء. ويدخل في عموم قوله: " وخل بينه وبين الناس ". رفقته وغيرهم.

ولنا، ما روى ابن عباس، أن ذؤيبا أبا قبيصة حدثه «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يبعث معه البدن، ثم يقول: إن عطب منها شيء، فخشيت عليها، فانحرها، ثم اغمس نعلها في دمها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٥٧

ثم اضرب به صفحتها، ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك» . رواه مسلم. وفي لفظ رواه الإمام أحمد: «ويخليها والناس، ولا يأكل منها هو ولا أحد من أصحابه» . وقال سعيد حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن أبي التياح، عن موسى بن سلمة، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «، أنه بعث بثماني عشرة بدنة مع رجل، وقال: إن ازدحف عليك منها شيء، فانحرها، ثم اصبغ نعلها في دمها،". (١)

٤٥٦. ١١٦-"في المجلس الذي يزول عنه فيه الإكراه، حتى يفارقه.

وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما؛ لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له، فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه. وذكر ابن عقيل من صور الإكراه، ما لو رأيا سبعا أو ظالما خشياه، فهربا فزعا منه، أو حملهما سيل أو فرقت ريح بينهما.

(٢٧٥٥) فصل: وإن خرس أحدهما، قامت إشارته مقام لفظه، فإن لم تفهم إشارته، أو جن، أو أغمي عليه، قام وليه من الأب، أو وصيه، أو الحاكم، مقامه، وهذا مذهب الشافعي. وإن مات أحدهما بطل خياره؛ لأنه قد تعذر منه الخيار، والخيار لا يورث. وأما الباقي منهما فيبطل خياره أيضا؛ لأنه يبطل بالتفرق، والتفرق بالموت أعظم، ويحتمل أن لا يبطل؛ لأن التفرق بالأبدان لم يحصل. فإن حمل الميت بطل الخيار؛ لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معا.

(٢٧٥٦) فصل: وقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله» . رواه النسائي، والأثرم، والترمذي، وقال: حديث حسن. وقوله: " إلا أن تكون صفقة خيار ". يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار، فإنه لا يلزم بتفرقهما، ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه؛ لكونه ثابتا بعد تفرقهما. ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار، فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق. وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم، فإنه ذكر له فعل ابن عمر، وحديث عمرو بن شعيب، فقال: هذا الآن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -، وهذا اختيار أبي بكر.

وذكر القاضي، أن ظاهر كلام أحمد، جواز ذلك؛ لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئا يعجبه فارق

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٢/٣

صاحبه. متفق عليه. والأول أصح؛ لأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم - يقدم على فعل ابن عمر. والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا، ولو علمه لما خالفه.

(٢٧٥٧) الفصل الثالث: أن ظاهر كلام الخرقي أن الخيار يمتد إلى التفرق، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده، وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأن أكثر الروايات عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» . من غير تقييد، ولا تخصيص، هكذا رواه حكيم بن حزام، وأبو برزة، وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر والرواية الثانية أن الخيار يبطل بالتخاير. اختارها الشريف بن أبي موسى، وهذا مذهب الشافعي، وهو أصح؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث ابن عمر: «فإن خير أحدهما صاحبه،". (١)

٤٥٧. ١١٧-"[فصل شرط الخيار لأجنبي]

(٢٧٨١) فصل: وإن شرط الخيار لأجنبي، صح، وكان اشتراطا لنفسه، وتوكيلا لغيره، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك. وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما، لا يصح، وكذلك قال القاضي: إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني. لم يصح؛ لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره، فلا يكون لمن لا حظ له فيه.

وإن جعل الأجنبي وكيلا، صح. ولنا، أن الخيار يعتمد شرطهما، ويفوض إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما، وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم» . فعلى هذا، يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ.

ولو كان المبيع عبدا، فشرط الخيار له، صح، سواء شرطه له البائع، أو المشتري؛ لأنه بمنزلة الأجنبي.

وإن كان العاقد وكيلا، فشرط الخيار لنفسه، صح، فإن النظر في تحصيل الحظ مفوض إليه. وإن شرطه للمالك، صح؛ لأنه هو المالك، والحظ له. وإن شرطه لأجنبي، لم يصح؛ لأنه ليس له أن يوكل غيره، ويحتمل الجواز، بناء على الرواية التي تقول: للوكيل التوكيل.

[فصل قال بعتك على أن أستأمر فلانا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٨٥

(٢٧٨٢) فصل: ولو قال: بعتك على أن أستأمر فلانا. وحدد ذلك بوقت معلوم، فهو خيار، صحيح، وله الفسخ قبل أن يستأمره؛ لأنا جعلنا ذلك كناية على الخيار، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وإن لم يضبطه بمدة معلومة، فهو خيار مجهول، حكمه حكمه.

[فصل شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة]

(٢٧٨٣) فصل: وإن شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة، اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين. والآخر، من حين التفرق؛ لأن الخيار ثابت في المجلس حكما، فلا حاجة إلى إثباته بالشرط. ولأن حالة المجلس كحالة العقد، لأن لهما فيه الزيادة والنقصان، فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه. والأول **أصح**؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد، فكان ابتداؤها منه، كالأجل. ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار، فيجب أن يتعقبه حكمه، كالملك في البيع. ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق، أدى إلى جهالته؛ لأننا لا نعلم متى يتفرقان، فلا نعلم متى ابتداؤه، ولا متى انتهاؤه. ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين، كتحريم الوطء بالصيام والإحرام والظهار، وعلى هذا، لو شرطا ابتداءه من حين التفرق، لم يصح لذلك، إلا". (١)

٤٥٨. ١١٨-"الخبز، فدق، وجعل فتيتا، بيع بمثله كيلا؛ لأنه أمكن كيله، فرد إلى أصله. وقال ابن عقيل: فيه وجه آخر، أنه يباع بالوزن؛ لأنه انتقل إليه. النوع الثاني، ما فيه غيره مما هو مقصود، كالهريسة، والخزيرة، والفالوذج، وخبز الأبازير، والخشكنانج، والسنبوسك، ونحوه، فلا يجوز بيع بعضه ببعض، ولا بيع نوع بنوع آخر؛ لأن كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه، وهو مقصود، كاللحم في الهريسة، والعسل في الفالوذج والماء، والدهن في الخزيرة. ويكثر التفاوت في ذلك، فلا يتحقق التماثل فيه. وإذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد، ففي النوعين أولى.

[فصل الحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة]

فصل: والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة. ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها؛ لعدم اشتراط المماثلة بينهما. والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠٠

[مسألة اللحم كله جنس واحد]

(٢٨٢٧) مسألة؛ قال: (وسائر اللحمان جنس واحد) أراد جميع اللحم، وجمعه - وهو اسم جنس - لاختلاف أنواعه. ظاهر كلام الخرقي، أن اللحم كله جنس واحد، وذكره أبو الخطاب، وابن عقيل، رواية عن أحمد. وهو قول أبي ثور، وأحد قولي الشافعي.

وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد، وقال: الأنعام، والوحوش، والطير، ودواب الماء، أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة، وإنما في اللحم روايتان؛ إحداهما، أنه أربعة أجناس، كما ذكرنا. وهو مذهب مالك، إلا أنه يجعل الأنعام، والوحش جنسا واحدا، فيكون عنده ثلاثه أصناف.

والثانية، أنه أجناس باختلاف أصوله، وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وهي **أصح**؛ لأنها فروع أصول هي أجناس، فكانت أجناسا، كالأدقة، والأخباز.

وهذا اختيار ابن عقيل. واختيار القاضي أنها أربعة أجناس. وحمل كلام الخرقي عليها، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها، والقصد إلى أكلها، فكانت أجناسا.

وهذا ضعيف جدا؛ لأن كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة أجناس، ولا نظير لهذا، فيقاس عليه. ولا يصح حمل كلام الخرقي عليه؛ لعدم احتمال لفظه له، وتصريحه في الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الأنعام، أو الطائر، أو السمك، حنث. فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس؛ لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه، فكان جنسا واحدا، كالطلع، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله.

وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر". (١)

٤٥٩. ١١٩-"وكره مالك ذلك، إلا أن يتماثلا. وظاهر المذهب، إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنهما جنسان، فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة. وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح؛ لأن الشحم لا يظهر، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود، فلا يمنع البيع، ولو منع لذلك، لم يجز بيع لحم بلحم؛ لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه. ثم لا يصح هذا عند القاضي؛ لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده، فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم. وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٣

هو والأحمر جنس واحد، وأن الألية والشحم جنسان.

وظاهر كلام الخرقي خلاف هذا؛ لقوله: إن اللحم لا يخلو من شحم، ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم، فعلى قوله، كل أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهنا، فهو جنس واحد. وهذا أصح؛ لقوله تعالى: ﴿حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما﴾ [الأنعام: ١٤٦] . فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم، ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده، فكان شحما، كالذي في البطن.

[فصل بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا]

(٢٨٣١) فصل: وفي اللبن روايتان؛ إحداهما، هو جنس واحد؛ لما ذكرنا في اللحم. والثانية، هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم. وهذا مذهب الشافعي. وبه قال مالك؛ لأن الأنعام كلها جنس واحد.

وقال ابن عقيل: لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها؛ لأن اسم البقر يشملهما. وليس بصحيح؛ لأن لحمهما جنسان، فكان لبنهما جنسين، كالإبل والبقر. ويجوز بيع اللبن بغير جنسه، متفاضلا، وكيف شاء، يدا بيد، وبجنسه متماثلا كيلا. قال القاضي: هو مكيل لا يباع إلا بالكيل؛ لأنه العادة فيه.

ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين، أو أحدهما حليب، والآخر حامض؛ لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع، كالجودة والرداءة. وإن شيب أحدهما بماء، أو غيره، لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه؛ لأن معه من غير جنسه لغير مصلحته.

[فصل بيع اللبن بالزبد]

فصل: ويتفرع من اللبن قسمان؛ ما ليس فيه غيره كالزبد، والسمن، والمخيض، واللبأ. وما فيه غيره. وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن؛ لأنه مستخرج من اللبن، فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه، كالحيوان باللحم، والسمسم بالشيرج. وهذا مذهب الشافعي.

وعن أحمد، أنه يجوز بيع اللبن بالزبد، إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن. وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا، ومنع جوازه متماثلا. قال القاضي: وهذه الرواية لا تخرج على المذهب؛ لأن الشيئين إذا دخلهما الربا، لم يجز بيع أحدهما بالآخر، ومعه من غير جنسه، كمد عجوة ودرهم بمدين.

والصحيح أن هذه الرواية". (١)

٤٦٠. ١٢٠-"أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل، ولا يجوز جزافا. لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا؛ لما روى زيد بن ثابت، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا.» متفق عليه ولمسلم، أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا. ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين، سقط في أحدهما للتعذر، فيجب في الآخر بقضية الأصل. ولأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر، وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر، ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر، صحته مع كثرته.

ومعنى خرصها بمثلها من التمر، أن يطيف الخارص بالعرية، فينظر كم يجيء منها تمرا، فيشتريها المشتري بمثلها تمرا. وبهذا قال الشافعي. ونقل حنبل عن أحمد، أنه قال: يخرصها رطبا، ويعطي تمرا رخصة. وهذا يحتمل الأول، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها؛ لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع. ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال، وأن لا يباع الرطب بالتمر. خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر، فيبقى فيما عداه على قضية الدليل.

وقال القاضي: الأول أصح؛ لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح، ثم خرصه تمرا. ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار، وبيع الرطب بمثله تمرا يفضي إلى فوات ذلك. فأما إن اشتراها بخرصها رطبا، لم يجز. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. والثاني يجوز. والثالث، لا يجوز مع اتفاق النوع، ويجوز مع اختلافه.

ووجه جوازه، ما روى الجوزجاني، عن أبي صالح، عن الليث، عن ابن شهاب، عن سالم، عن ابن عمر، عن زيد بن ثابت، «عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب، أو التمر، ولم يرخص في غير ذلك.» ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال، فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى. ولنا، ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا.» وعن سهل بن أبي حثمة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة. إلا أنه رخص في العرية، النخلة والنخلتين، يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥

يأكلونها رطبا.»
ولأنه مبيع يجب فيه مثله تمرا، فلم يجز بيعه بمثله رطبا، كالتمر الجاف. ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده، وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري، على ما أسلفناه.
وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر، فلا يجوز العمل به مع الشك، سيما وهذه الأحاديث تبينه، وتزيل الشك.

[فصل يشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس]
(٢٨٧١) فصل: ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس. وهذا قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفا؛ لأنه بيع تمر بتمر، فاعتبر فيه شروطه، إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا.". (١)

٤٦١. ١٢١-"لأنه إن أطلق بطل، للنهي عن بيع المخاضرة، وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله.
وإن كانت الأرض للمقر، احتمل أن يصح، واحتمل أن لا يصح، بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعا أخضر في أرض مملوكة له، ولو كانت الأرض لرجل، والزرع لآخر، فقال أحدهما: صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك، فيكون الزرع والأرض بيننا نصفين. فإن كان بعد اشتداد حبه جاز؛ لأنه يجوز بيعه، وإن كان قبل ذلك، فهل يجوز؟ على وجهين؛ بناء على بيع الزرع من مالك الأرض، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض، ويشتري منه نصف الأرض التي له فيها الزرع، وإن شرطا في البيع أن يقطعا الزرع جميعه، ويسلم الأرض فارغة، ففيه وجهان أيضا؛ أحدهما، يصح؛ لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفريغ الأرض منه، واحتمل أن يبطل؛ لأن صاحب الأرض باعه نصف الأرض بشرط قطع زرع غيره؛ ليسلم إليه أرضه. وإن قلنا: يصح. لم يلزم الوفاء بالشرط؛ لأن كل واحد منهما حصل زرعه في أرضه، فلم يلزمه قطعه.

[فصل اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعا]
(٢٩٠١) فصل: وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها، أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٨

مشاعا، لم يجز، سواء اشتراه من رجل، أو من أكثر منه، وسواء شرط القطع، أو لم يشرطه؛ لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه، فلم يصح اشتراطه.

[فصل القطن ضربان]

(٢٩٠٢) فصل: والقطن ضربان؛ أحدهما، ما له أصل يبقى في الأرض أعواما، كالشجر تتكرر ثمرته، فهذا حكمه حكم الشجر، في أنه يصح إفراده بالبيع، وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل في البيع، وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري. والثاني، ما يتكرر زرعه كل عام، فحكمه حكم الزرع، ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا، لم يقو ما فيه، لم يجز بيعه إلا بشرط القطع، كالزرع الأخضر، وإن قوي جوزه واشتد، جاز بيعه بشرط التبقية، كالزرع الذي اشتد حبه، وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع. والباذنجان نوعان؛ أحدهما، ما له شجر تبقى أصوله وتتكرر ثمرته، فهو كالشجر. والثاني، ما يتكرر زرعه كل عام، فهو كالحنطة والشعير.

[مسألة اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها]

(٢٩٠٣) مسألة؛ قال: فإن تركها حتى يبدو صلاحها، بطل البيع اختلفت الرواية عن أحمد، - رحمه الله -، في من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، فتركها حتى بدا صلاحها، فنقل عنه حنبل، وأبو طالب: أن البيع يبطل. قال القاضي: هي **أصح**. فعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع، ويأخذ الثمن. ونقل أحمد بن سعيد، أن البيع لا يبطل. وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن". (١)

٤٦٢. ١٢٢-"ولو قال: أشركني فيه. أو قال: الشركة فيه. فقال: أشركتك. أو قال: ولني ما اشتريت. ولم يذكر الثمن، صح إذا كان الثمن معلوما؛ لأن الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن، والتولية ابتياعه بمثل الثمن، فإذا أطلق اسمه انصرف إليه، كما لو قال: أقلني. فقال: أقلتك. وفي حديث عن زهرة بن معبد، «أنه كان يخرج به عبد الله بن هشام إلى السوق، فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر وابن الزبير، فيقولان له: أشركنا؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - دعا لك بالبركة. فيشركهم، فربما أصاب الراحلة كما هي، فيبعث بها إلى المنزل.» ذكره البخاري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٦٥

ولو اشترى شيئا، فقال له رجل: أشركني فأشركه انصرف إلى نصفه؛ لأنها بإطلاقها تقتضي التسوية. فإن اشترى اثنان عبدا فاشتركا فيه، فقال لهما رجل: أشركاني فيه. فقالا: أشركناك. احتمل أن يكون له النصف؛ لأن اشتراكهما لو كان من كل واحد منهما منفردا كان له النصف، فكذلك حال الاجتماع. ويحتمل أن يكون له الثلث؛ لأن الاشتراك يفيد التساوي، ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثا. وهذا **أصح**؛ لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف؛ لحصول التسوية به.

وإن شركه كل واحد منهما منفردا، كان له النصف، ولكل واحد منهما الربع. وإن قال: أشركاني فيه. فشركه أحدهما، فعلى الوجه الأول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع، وعلى الآخر له السدس؛ لأن طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما؛ ليكون مساويا لهما. فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه. وإن قال له أحدهما: أشركناك. انبنى على تصرف الفضولي. فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه. فأجازه، فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه؟ على الوجهين

ولو قال لأحدهما: أشركني في نصف هذا العبد فأشركه، فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه، فأجازه. فله نصف العبد، ولهما نصفه، وإلا فله نصف حصة الذي شركه. وإن اشترى عبدا فلقيه رجل، فقال: أشركني في هذا العبد. فقال: قد أشركتك. فله نصفه. فإن لقيه آخر فقال: أشركني في هذا العبد. وكان عالما بشركة الأول، فله ربع العبد، وهو نصف حصة الذي شركه؛ لأن طلبه للإشراك رجع إلى ما ملكه المشارك. وهو النصف، فيكون بينهما.

وإن لم يعلم بشركة الأول، فهو طالب لنصف العبد؛ لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة. فإذا قال له: أشركتك فيه. احتمل ثلاثة أوجه:". (١)

٤٦٣. ١٢٣-"إليه كان له الفسخ.

فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه، فأشبه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن. (٢٩٨١) فصل: وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة، فبانت أحد عشر، رد الزائد، ولا خيار له هاهنا؛ لأنه لا ضرر في الزيادة، وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالكيل، فإذا كالها

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٩٠

فوجدها قدر حقه، أخذها، وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن كانت ناقصة، أخذها بقسطها من الثمن، وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة؟ على وجهين؛ أحدهما، له الخيار. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه وجد المبيع ناقصا، فكان له الفسخ، كغير الصبرة، وكنقصان الصفة. الثاني، لا خيار له؛ لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل، بخلاف غيره.

[فصل باع الأدهان في ظرفها جملة وقد شاهدها]

(٢٩٨٢) فصل: إذا باع الأدهان في ظرفها جملة، وقد شاهدها، جاز؛ لأن أجزاءها لا تختلف، فهو كالصبرة. وكذلك الحكم في العسل، والدبس، والخل، وسائر المائعات التي لا تختلف. وإن باعه كل رطل بدرهم، أو باعه رطلا منها، أو أرطالا معلومة يعلم أن فيها أكثر منها أو باعة جزءا مشاعا، أو أجزاء، أو باعه إياه مع الظرف بعشرة دراهم، أو بثمن معلوم، جاز.

وإن باعه السمن والظرف، كل رطل بدرهم، وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما، صح؛ لأنه قد علم المبيع والثمن. فإن لم يعلما ذلك، جاز أيضا؛ لأنه قد رضي أن يشتري الظرف، كل رطل بدرهم، وما فيه كذلك، فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن في الآخر زيت، كل رطل بدرهم.

وقال القاضي: لا يصح؛ لأن وزن الظرف يزيد وينقص، فيدخل على غرر. والأول أصح؛ لأن بيع كل واحد منهما متفردا يصح لذلك. فكذلك إذا جمعهما، كالأرض المختلفة الأجزاء، والثياب وغيرها.

وأما إن باعه كل رطل بدرهم، على أن يزن الظرف، فيحتسب عليه بوزنه، ولا يكون مبيعا، وهما يعلمان زنة كل واحد منهما، صح؛ لأنه إذا علم أن الدهن عشرة والظرف رطلا، كان معناه: بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهما. وإن كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن، لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال. وسواء جهلا زنتهما جميعا، أو زنة أحدهما؛ لذلك.

[فصل في من وجد في ظرف السمن ربا]

(٢٩٨٣) فصل: وإن وجد في ظرف السمن ربا، فقال ابن المنذر: قال أحمد وإسحاق: إن كان سمانا، وعنده سمن أعطاه بوزنه سمنا، وإن لم يكن عنده سمن، أعطاه بقدر الرب من الثمن. وألزمه شريح". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠١

٤٦٤. ١٢٤-"على موكله، كخيار الشرط. وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي: لا يقبل إقرار الوكيل بذلك. وهو أصح؛ لأنه إقرار على الغير، فلم يقبل، كالأجنبي، فإذا رده المشتري على الوكيل، لم يملك الوكيل رده على الموكل؛ لأنه رده بإقراره، وهو غير مقبول على غيره. ذكره القاضي.

فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه، فنكل عنها، فرد عليه بنكوله، فهل له رده على الموكل؟ على وجهين؛ أحدهما، ليس له رده؛ لأن ذلك يجري مجرى إقراره. والثاني، له رده؛ لأنه يرجع إليه بغير اختياره، أشبه ما لو قامت به بينة.

[فصل اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري إنما هي ثيب]

(٣٠٣٠) فصل: ولو اشترى جارية على أنها بكر، ثم قال المشتري: إنما هي ثيب. أريت النساء الثقات، ويقبل قول امرأة ثقة. فإن وطئها المشتري، وقال: ما أصبتها بكرا. خرج فيه وجهان، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث.

[فصل رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعته]

(٣٠٣١) فصل: وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها، فأنكر البائع كونها سلعته، فالقول قول البائع مع يمينه. وبه قال أبو ثور، وأصحابالرأي. ونحوه قال الأوزاعي، فإنه قال في من صرف دراهم بدنانير، ثم رجع بدرهم، فقال الصيرفي: ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي: بالله لقد وفيتكه، ويبرأ؛ لأن البائع منكر كون هذه سلعته، ومنكر لاستحقاق الفسخ، والقول قول المنكر. فأما إن جاء ليرد السلعة بخيار، فأنكر البائع أنها سلعته، فحكى ابن المنذر عن أحمد، أن القول قول المشتري. وهو قول الثوري، وإسحاق، وأصحابالرأي؛ لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد، والرد بالعيب بخلافه.

[مسألة اشترى شيئا مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا]

(٣٠٣٢) مسألة؛ قال: (وإذا اشترى شيئا، مأكوله في جوفه، فكسره، فوجده فاسدا، فإن لم يكن لمكسوره قيمة، كبيض الدجاج، رجع بالثمن على البائع، وإن كان لمكسوره قيمة، كجوز الهند، فهو مخير في الرد وأخذ الثمن، وعليه أرش الكسر، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه) وجملة ذلك، أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره، كالبطيخ، والرمان، والجوز، والبيض، فكسره فبان عيبه، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يرجع على البائع بشيء، وهو مذهب مالك؛ لأنه ليس من البائع تدليس، ولا

تفريط؛ لعدم معرفته بعيبه، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره، فجرى مجرى البراءة من العيوب. والثانية، يرجع عليه. وهي ظاهر المذهب، وقول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري، فإذا بان معيبا، ثبت له الخيار، ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب،". (١)

٤٦٥. ١٢٥-"به، لم يرجع بشيء؛ لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه. فإن اختار المشتري فداءه، فله ذلك، والبيع بحاله؛ لأنه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه. فإن كانت الجناية موجبة للقصاص، فللمشتري الخيار، بين الرد وأخذ الأرش، فإن اقتص منه تعين الأرش، وهو قسط قيمته ما بينه جانيا وغير جان، ولا يبطل البيع من أصله. وبهذا قال أصحاب الشافعي.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: يرجع بجميع الثمن؛ لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع، فجرى مجرى إتلافه إياه. ولنا، أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن، كما لو كان مريضا، فمات بدائه، أو مرتدا، فقتل بردته، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه، ولا يصح قياسهم على إتلافه؛ لأنه لم يتلفه، فما اشتركا في المقتضي.

ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده، فقطعت عند المشتري، فقد تعيب في يده؛ لأن استحقاق القطع دون حقيقته، فهل يمنع ذلك رده بعيبه؟ على روايتين. ومتى اشتراه عالما بعيبه، لم يكن له رده؛ ولا أرش، كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعي. (٣٠٣٦) فصل: وحكم المرتد حكم القاتل، في صحة بيعه، وسائر أحكامه المذكورة فيه، فإن قتله غير متحتم؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام. وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه، فإن لم يتب حتى قدر عليه، فقال أبو الخطاب: هو كالقاتل في غير محاربة؛ لأنه عبد قن، يصح إعتاقه، ويملك استخدامه، فصح بيعه، كغير القاتل، ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله، ويعتقه فينجر به ولاء أولاده، فجاز بيعه، كالمريض المأيوس من برئه.

وقال القاضي: لا يصح بيعه؛ لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته، وحرم إبقاؤه، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع، كالمنفعة الحاصلة من الميتة؛ لسد بثق، أو إطعام كلب، والأول **أصح**، فإنه كان محلا للبيع، والأصل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٦/٤

بقاء ذلك فيه، وانحتام إتلافه لا يجعله تالفا؛ بدليل أن أحكام الحياة، من التكليف وغيره، لا تسقط عنه، ولا تثبت أحكام الموتى له، من إرث ماله، ونفوذ وصيته وغيرها، ولأن خروجه عن حكم الأصل، لا يثبت إلا بدليل، ولا نص في هذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات؛ لأن تلك لم تكن فيها منفعة، فيما مضى، ولا في الحال، وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله؛ لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الإقرار، وإن كان ثبت به، أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله، فأكثر ما فيه تحقق تلفه، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه، وبيعه جائز.

[مسألة باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به]

(٣٠٣٧) مسألة؛ قال: (ومن باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، إذا كان قصده للعبد لا للمال)". (١)

٤٦٦. ١٢٦-"وجملة ذلك، أن السيد إذا باع عبده، أو جاريته، وله مال ملكه إياه مولاه، أو خصه به، فهو للبائع؛ لما روى ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من باع عبدا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع.» رواه مسلم، وأبو داود، وابن ماجه. ولأن العبد وماله للبائع، فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره، كما لو كان له عبدان فباع أحدهما.

وإن اشترطه المبتاع كان له؛ للخبر، وروى ذلك نافع، عن ابن عمر، عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وقضى به شريح، وبه قال عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق. قال الخرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال. هذا منصوص أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وعثمان البتي. ومعناه، أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك، صح اشتراطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوما أو مجهولا، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر.

قال البتي: إذا باع عبدا بألف درهم، ومعه ألف درهم، فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم؛ وذلك لأنه دخل في البيع تبعا غير مقصود، فأشبه أساسات الحيطان، والتمويه بالذهب في السقوف، فأما إن كان المال مقصودا بالشراء، جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع، من العلم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٤

به، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين؛ لأنه مبيع مقصود، فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما.

وقال القاضي: هذا ينبني على كون العبد يملك أو لا يملك، فإن قلنا: لا يملك. فاشترط المشتري ماله صار مبيعا معه، فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات. وهذا مذهب أبي حنيفة. وإن قلنا: يملك. احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل؛ لأنه تبع في البيع لا أصل، فأشبه طي الآبار. وهذا خلاف نص أحمد وقول الخرقي؛ لأنهما جعلا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره، وهو أصح إن شاء الله تعالى، واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود، كما ذكرنا، كاللبن في ضرع الشاة المبيعة، والحمل في بطنها، والصوف على ظهرها، وأشباه ذلك، فإنه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها، لما ذكرنا.

وقد قيل: إن المال ليس بمبيع هاهنا، وإنما استبقاء المشتري على ملك العبد لا يزول عنه إلى البائع. وهو قريب من الأول.

[فصل اشترى عبدا واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة]

(٣٠٣٨) فصل: وإذا اشترى عبدا، واشترط ماله، ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة، رد ماله معه. وقال داود: يرد العبد دون ماله؛ لأن ماله لم يدخل في البيع، فأشبه النماء الحادث عنده. ولنا أنه عين مال أخذها المشتري، لا تحصل بدون البيع، فيردها بالفسخ، كالعبد، ولأن العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر، فأخذ ماله ينقص قيمته، فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه.". (١)

٤٦٧. ١٢٧-"فإن تلف ماله، ثم أراد رده، فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري، هل يمنع الرد؟ على روايتين، فإن قلنا: يرده. فعليه قيمة ما أتلف.

قال أحمد: في رجل اشترى أمة معها قناع، فاشترطه، وظهر على عيب، وقد تلف القناع: غرم قيمته بحصته من الثمن. (٣٠٣٩) فصل: وما كان على العبد أو الجارية من الحلي، فهو بمنزلة ماله، على ما ذكرنا. فأما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه عند البائع، فهو للمشتري، وإن كانت ثيابا يلبسها فوق ثيابه، أو شيئا يزينه به، فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع. يعني أن الثياب التي يلبسها عادة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٠

للخدمة والبذلة، تدخل في البيع، دون الثياب التي يتجمل بها؛ لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه، ولأنها تتعلق بها مصلحته وحاجته، إذ لا غناء له عنها، فجرت مجرى مفاتيح الدار، بخلاف ثياب الجمال، فإنها زيادة على العادة، ولا تتعلق بها حاجة العبد، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها، وهذه حاجة السيد، لا حاجة العبد، ولم تجر العادة بالمسامحة فيها، فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركبه عليها، مع دخولها في الخبر، وبقائها على الأصل. وقال ابن عمر: من باع وليدة، زينها بثياب، فللذي اشتراها ما عليها، إلا أن يشترطه الذي باعها.

وبه قال الحسن، والنخعي ولنا، الخبر الذي رواه ابن عمر. ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع، ولا جرت العادة ببيعها معه، أشبه سائر مال البائع. ولأنه زينة للمبيع، فأشبه ما لو زين الدار ببساط أو ستر.

[فصل لا يملك العبد شيئا إذا لم يملكه سيده]

(٣٠٤٠) فصل: ولا يملك العبد شيئا، إذا لم يملكه سيده. في قول عامة أهل العلم. وقال أهل الظاهر: يملك؛ لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ [البقرة: ٢٩] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من باع عبدا وله مال» . فأضاف المال إليه فاللام التمليك.

ولنا، قوله تعالى ﴿ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] . ولأن سيده يملك عينه ومنافعه، فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده، كبهيمته. فأما إن ملكه سيده شيئا، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يملكه. وهو ظاهر قول الخرقي؛ فإنه قال: والسيد يزكي عما في يد عبده؛ لأنه مالكه. وقال: والعبد لا يرث، ولا مال له فيورث عنه. وهو اختيار أبي بكر، وقول أبي حنيفة، والثوري، وإسحاق، والشافعي في الجديد؛ لأنه مملوك، فلم يملك، كالبهيمة.

والثاني، يملك. وهي أصح عندي. وهو قول مالك، والشافعي في القديم؛ للآية والخبر، ولأنه آدمي حي، فملك كالحر، ولأنه يملك في النكاح، فملك في المال كالحر، ولأنه يصح الإقرار له، فأشبه الحر، وما ذكروه تعليل بالمانع، ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الأصل، ولم يوجد". (١)

٤٦٨. ١٢٨-"وقال أبو حنيفة: لا يجوز استحسانا لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية، ولأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا، فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول. وهذا أصح. إن شاء الله تعالى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣١/٤

(٣٠٤٣)

فصل وهذه المسألة تسمى مسألة العينة. قال الشاعر

أندان أم نعتان أم ينبري لنا ... فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله: نعتان. أي نشتري عينة مثلما وصفنا. وقد روى أبو داود، بإسناده عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم» . وهذا وعيد يدل على التحريم. وقد روي عن أحمد أنه قال العينة أن يكون عند الرجل المتاع، فلا يبيعه إلا بنسيئة، فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس. وقال: أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد. وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا، فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل.

ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعا، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا، ولا يكره إلا أن لا يكون له تجارة غيره. .

[فصل باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة]

(٣٠٤٤) فصل وإن باع سلعة بنقد، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة، فقال أحمد، في رواية حرب: لا يجوز ذلك إلا أن يغير السلعة؛ لأن ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا، فأشبه مسألة العينة فإن اشتراها بنقد آخر، أو بسلعة أخرى، أو بأقل من ثمنها نسيئة، جاز؛ لما ذكرناه في مسألة العينة. ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة، أو حيلة، فلا يجوز. وإن". (١)

٤٦٩. ١٢٩-"وهذا أصح؛ لأنه أجنبي، لكن لا يختص هذا بغلام دكانه، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز، وكان حراما وتدليسا، على ما ذكرنا من قبل.

[فصل اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة]

(٣٠٥٤) فصل: فإن اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه، فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين، جاز وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٣

صادق فيما أخبر به، وليس فيه تهمة، ولا تغرير بالمشتري فأشبه ما لو لم يربح فيه، وروي عن ابن سيرين أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وأعجب أحمد قول ابن سيرين قال: فإن باعه على ما اشتراه، يبين أمره. يعني يخبر أنه ربح فيه مرة ثم اشتراه. وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه.

وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره، أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وهذا قول القاضي وأصحابه؛ لأن المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه، كما تضم أجرة الخياط والقصار. وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول لأنه أمن أن يرده عليه، ولأن الربح أحد نوعي النماء، فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة. فعلى هذا ينبغي أنه إذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول: تقوم على بخمسة.

ولا يجوز أن يقول: اشتريته بخمسة لأن ذلك كذب، والكذب حرام ويصير كما لو ضم أجرة القصارة والخياطة إلى الثمن وأخبر به. ولنا، ما ذكرناه فيما تقدم وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه، ثم لا يشبه هذا ما ذكره؛ لأن المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه، وأما تقرير الربح، فغير صحيح؛ فإن العقد الأول قد لزم، ولم يظهر العيب، ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن للمشتري أن يرده على البائع إذا ظهر على عيب قديم وإذا لم يلزمه طرح النماء والغلة، فهاهنا أولى، ويجيء على هذا القول، أنه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فإنه يخبر أنها حصلت بغير شيء، وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين.

وإن اشتراها بخمسة عشر، أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر. نص أحمد على نظير هذا. وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان، فإن لم يربح، ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها؛ لأنها ثمن العقد الذي يلي المرابحة. ولو خسر فيها، مثل إن اشتراها بخمسة عشر، ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان، أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة إلى الثمن الثاني فيخبر به في المرابحة، بغير خلاف نعلمه. وهذا يدل على صحة ما ذكرناه، والله أعلم". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ١٤٠

٤٧٠. ١٣٠-"يفسخوا البيع فسخوا. روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب، فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق، فربما غبنوهم غبنا بينا، فيضرونهم، وربما أضروا بأهل البلد؛ لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم، والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا، ويتربصون بها السعر، فهو في معنى بيع الحاضر للبادي، فنهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك.

وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله: – صلى الله عليه وسلم – «لا تلقوا الركبان، ولا يبع حاضر لباد» وعن أبي هريرة مثله، متفق عليهما، وكرهه أكثر أهل العلم، منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق.

وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأسا. وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع. فإن خالف، وتلقى الركبان، واشترى منهم، فالبيع صحيح في قول الجميع. وقاله ابن عبد البر. وحكي عن أحمد رواية أخرى، أن البيع فاسد لظاهر النهي.

والأول أصح؛ لأن أبا هريرة روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه، واشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار» ، رواه مسلم، والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح، ولأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار، فأشبه بيع المصراة، وفارق بيع الحاضر للبادي، فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار، إذ ليس الضرر عليه، إنما هو على المسلمين. فإذا تقرر هذا، فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن. وقال أصحاب الرأي: لا خيار له.

وقد روينا قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في هذا، ولا قول لأحد مع قوله. وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن؛ لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا؛ لعلمنا بمعناه ومراده؛ لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل له الخيار إذا أتى السوق، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع. ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار، وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة؛ لأن ما دون ذلك لا ينضبط.

وقال أصحاب مالك: إنما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق، لئلا يقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى. قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق، فاشتراها، عرضت على أهل السوق، فيشتركون فيها. وقال الليث بن سعد: تباع في السوق. وهذا مخالف لمدلول الحديث؛

فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق، ولم يجعلوا له خيارا، وجعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه، لا لحق غيره. ولأن الجالس في السوق كالمتلقي، في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما، وإلحاق الضرر به، دفعا للضرر". (١)

٤٧١. ١٣١–"الثوب بعشرين درهما أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف. أو باعه سيفا محلى بالذهب بفضة أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين، وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر أنه لا يصح. وهو القول الثاني للشافعي لأن حكمهما مختلف فإن المبيع يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلافه، والأول **أصح**، وما ذكروه يبطل بما إذا باع شقصا وسيفا فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر، فأما إن جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبتك وبعتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة. لم يصح لأن المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئا ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال: في الكل وجهان والذي ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى.

[فصل بيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد]
(٣١٣٣) فصل في تفريق الصفقة. ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز، صفقة واحدة، بثمن واحد وهو على ثلاثة أقسام؛ أحدها أن يبيع معلوما ومجهولا كقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف. فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط. الثاني، أن يكن المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ففيه وجهان أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٦٥

والثاني، لا يصح فيهما، وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين إحداهما يفسد فيهما والثانية يصح في الحرة، والأولى أنه يصح فيما يملكه، وهو قول مالك وأبي حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر: لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولأن الصفقة إذا لم يكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه،". (١)

٤٧٢. ١٣٢-"قولي الشافعي لأن جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد، وكما لو باعا عبدا واحدا لهما، أو قفيزين من صبرة واحدة والثاني لا يصح لأن كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن، وهو مجهول على ما قدمنا، وفارق ما إذا كانا لرجل واحد فإن جملة البيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، فلا جهالة فيه.
(٣١٣٦) فصل: ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة، وإن لم يعلم مثل إن اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه أو عبدين فتبين أنه لا يملك إلا أحدهما، فله الخيار بين الفسخ والإمساك لأن الصفقة تبعضت عليه، وأما البائع فلا خيار له لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما، فتلف أحدها قبل قبضه فقال القاضي للمشتري الخيار بين إمساك الباقي بحصته وبين الفسخ لأن حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به.

[مسألة لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به]
(٣١٣٧) مسألة؛ قال ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه. وجملته أن لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيبا من الربح، أيا كان، أو وصيا، أو حاكما، أو أمين حاكم، وهو أولى من تركه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٤

وممن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحابالرأي يروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه إلا ما روي عن الحسن، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به، ولأن خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «من ولي يتيما له مال فليتجر ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» وروي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - وهو **أصح** من المرفوع. ولأن ذلك أحظ للمولى عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرر بماله وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل". (١)

٤٧٣. ١٣٣-"هو عيد، ويوم فرح، وفيه جبر قلبه وتطييبه، وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم، سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم، وجري العادة بها بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «إنها أيام أكل، وشرب، وذكر لله عز وجل» رواه مسلم ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به، وألين في الخبز، وأمكن في حصول الأدم، فهو أولى.

وإن كان إفراده أرفق به أفرده؛ لقول الله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم﴾ [البقرة: ٢٢٠] . أي ضيق عليكم وشدد، من قولهم: أعنت فلان فلانا إذا ضيق عليه وشدد. وعنتت الرجل، إذا ظلعت، ويجوز للوصي ترك الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم. وحكي لأحمد قول سفيان: لا يسلم الوصي الصبي إلا بإذن. الحاكم. فأنكر ذلك؛ وذلك لأن المكتب من مصالحه، فجرى مجرى نفقته، ولمأكوله، ومشروبه، وملبوسه. وكذلك يجوز له إسلامه في صناعة، إذا كانت مصلحته في ذلك؛ لما ذكرنا.

[فصل إذا كان الولي موسرا فلا يأكل من مال اليتيم شيئا إذا لم يكن أبا]

(٣١٤٢) فصل: وإذا كان الولي موسرا، فلا يأكل من مال اليتيم شيئا إذا لم يكن أبا؛ لقوله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾ [النساء: ٦] وإن كان فقيرا، فله أقل الأمرين؛ من أجرته، أو قدر

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٠

كفايته؛ لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعا، فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه. فإذا أكل منه ذلك القدر، ثم أيسر؛ فإن كان أبا لم يلزمه عوضه، رواية واحدة؛ لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها. وإن كان غير الأب، فهل يلزمه عوض ذلك؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يلزمه. وهو قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض، فأشبه سائر ما أمر بأكله، ولأنه عوض من عمله فلم يلزمه بدله، كالأجير والمضارب. والثانية، يلزمه عوضه. وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره، فلزمه قضاؤه، كالمضطر إلى طعام غيره. والأول أصح؛ لأنه لو وجب عليه إذا أيسر، لكان واجبا في الذمة قبل اليسار، فإن اليسار ليس بسبب للوجوب، فإذا لم يجب بالسبب، الذي هو الأكل، لم يجب بعده. وفارق المضطر؛ فإن العوض واجب عليه في ذمته، ولأنه لم يأكله عوضا عن شيء، وهذا بخلافه.

[فصل قرض مال اليتيم]

(٣١٤٣) فصل: فأما قرض مال اليتيم؛ فإذا لم يكن فيه حظ له، لم يجز قرضه، فمتى أمكن الولي التجارة به، أو تحصيل عقار له فيه الحظ، لم يقرضه؛ لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم، وإن لم يمكن". (١)

٤٧٤. ١٣٤-": «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث» . متفق عليهما.

وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ثمن الكلب، فإن جاء يطلبه فاملئوا كفه ترابا» . رواه أبو داود. ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه، أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين، أشبه الخنزير. فأما حديثهم، فقال أحمد: هذا من الحسن بن أبي جعفر، وهو ضعيف. وقال الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر، وقال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث. وقد روي عن أبي هريرة،

ولا يصح أيضا. ويحتمل أنه أراد، ولا كلب صيد، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك، قال الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه ... لعمر أبيك إلا الفرقدان

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٣

أي والفرقدان. ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد.

[فصل إجارة الكلب]

(٣١٥٤) فصل: ولا تجوز إجارته. نص عليه أحمد. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يجوز؛ لأنها منفعة مباحة، فجازت المعاوضة عنها، كنفع الحمير. ولنا، أنه حيوان محرم بيعه؛ لخبثه، فحرمت إجارته، كالخنزير. وقياسهم ينتقض بضراب الفحل، فإنها منفعة مباحة، ولا يجوز إجارتها، ولأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه، فكذلك إجارته، ولأن منفعته لا تضمن في الغصب، فإنه لو غصبه غاصب مدة، لم يلزمه لذلك عوض، فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة، كنفع الخنزير.

[فصل الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه]

(٣١٥٥) فصل: وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه؛ لأنها نقل لليد فيه من غير عوض. وتصح هبته؛ لذلك. وقال القاضي: لا تصح؛ لأنها تمليك في الحياة، أشبهت البيع. والأول **أصح**. ويفارق البيع؛ لأنه يؤخذ عوضه، وهو محرم. ولأصحابالشافعي وجهان، كهذين.

[مسألة قتل الكلب المعلم]

(٣١٥٦) مسألة؛ قال: (ومن قتله وهو معلم، فقد أساء، ولا غرم عليه) أما قتل المعلم فحرام، وفاعله مسيء ظالم، وكذلك كل كلب مباح إمساكه؛ لأنه محل منتفع به يباح اقتناؤه، فحرم إتلافه، كالشاة. ولا نعلم في هذا خلافا. ولا غرم على قاتله. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك وعطاء: عليه الغرم؛ لما ذكرنا في تحريم إتلافه.". (١)

٤٧٥. ١٣٥-"ولنا، أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه، فلم يجب غرمه بإتلافه، كالخنزير، وإنما يحرم إتلافه؛ لما فيه من الإضرار. وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الضرر والإضرار.

[فصل قتل الكلب الأسود البهيم]

فصل: فأما قتل ما لا يباح إمساكه، فإن الكلب الأسود البهيم يباح قتله؛ لأنه شيطان. قال عبد الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٠

بن الصامت: سألت أبا ذر فقلت: «ما بال الأسود من الأحمر من الأبيض؟ فقال: سألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كما سألتني، فقال: الكلب الأسود شيطان» . رواه مسلم، وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها، فاقتلوا منها كل أسود بهيم» . ويباح قتل الكلب العقور؛ لما روت عائشة – رضي الله عنها – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «خمس من الدواب كلهن فاسق، يقتلن في الحل والحرم؛ الغراب، والحدأة، والعقرب والفأرة، والكلب العقور» . متفق عليه، ويقتل كل واحد من هذين، وإن كان معلما؛ للخبرين. وعلى قياس الكلب العقور، كل ما آذى الناس، وضرهم في أنفسهم. وأموالهم، يباح قتله؛ لأنه يؤذي بلا نفع، أشبه الذئب، وما لا مضرة فيه، لا يباح قتله؛ لما ذكرنا من الخبر.

وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «أمر بقتل الكلاب، حتى إن المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله، ثم نهى عن قتلها، وقال: عليكم بالأسود البهيم ذي الطفيتين، فإنه شيطان» رواه مسلم.

[فصل اقتناء الكلب]

(٣١٥٨) فصل: ولا يجوز اقتناء الكلب، إلا كلب الصيد، أو كلب ماشية، أو حرث؛ لما روي عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من اتخذ كلبا إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع، نقص من أجره كل يوم قيراط» . وعن ابن عمر قال: سمعت النبي – صلى الله عليه وسلم – يقول: «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية، فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان» . قال سالم: وكان أبو هريرة يقول: أو كلب حرث. متفق عليه.

وإن اقتناه لحفظ البيوت، لم يجز؛ للخبر. ويحتمل الإباحة. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأنه في معنى الثلاثة، فيقاس عليها. والأول أصح؛ لأن قياس غير الثلاثة عليها، يبيح ما يتناول الخبر تحريمه. قال القاضي: وليس هو في معناها، فقد يحتال اللص لإخراجه بشيء يطعمه إياه، ثم يسرق المتاع. وأما الذئب، فلا يحتمل هذا في حقه، ولأن اقتناءه في البيوت يؤذي المارة، بخلاف الصحراء.

[فصل تربية الجرو الصغير]

(٣١٥٩) فصل: فأما تربية الجرو الصغير لأحد الأمور الثلاثة، فيجوز في أقوى الوجهين؛". (١)

٤٧٦. ١٣٦-"فإن بيعها أسهل؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما نهى عن أكل لحومها. والصحيح عنه، أنه لا يجوز. وهذا ينبني على الحكم بنجاسة جلود الميتة، وأنها لا تطهر بالدباغ، وقد ذكرنا ذلك في بابه. .

[فصل بيع لبن الآدميات]

فصل: فأما بيع لبن الآدميات، فقال أحمد: أكرهه. واختلف أصحابنا في جوازه. فظاهر كلام الخرقي جوازه؛ لقوله: " وكل ما فيه المنفعة ". وهذا قول ابن حامد، ومذهب الشافعي. وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك؛ لأنه مائع خارج من آدمية، فلم يجز بيعه، كالعرق، ولأنه من آدمي، فأشبه سائر أجزائه.

والأول أصح؛ لأنه لبن طاهر منتفع به، فجاز بيعه، كلبن الشاه، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبه المنافع، ويفارق العرق، فإنه لا نفع فيه، ولذلك لا يباع عرق الشاة، ويباع لبنها. وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها، فإنه يجوز بيع العبد، والأمة، وإنما حرم بيع الحر؛ لأنه ليس بمملوك، وحرم بيع العضو المقطوع؛ لأنه لا نفع فيه.

[فصل في بيع رباع مكة وإجارة دورها]

(٣١٧٥) فصل: واختلفت الرواية في بيع رباع مكة وإجارة دورها، فروي أن ذلك غير جائز. وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد. وكره إسحاق؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «في مكة: لا تباع رباعها، ولا تكرى بيوتها» . رواه الأثرم بإسناده. وعن مجاهد، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «: مكة حرام بيع رباعها، حرام إجارتها.» وهذا نص رواه سعيد بن منصور، في " سننه ". وروي أنها كانت تدعى السوائب، على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ذكره مسدد في " مسنده "، ولأنها فتحت عنوة، ولم تقسم، فكانت موقوفة، فلم يجز بيعها، كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩١/٤

يقسموها، والدليل على أنها فتحت عنوة، قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وأنها لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار.» متفق عليه وروت أم هانئ قالت: «أجرت حموين لي، فأراد علي أخي قتلهما، فأتيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقلت: يا رسول الله إني أجرت حموين لي، فزعم ابن أمي علي أنه قاتلهما. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: قد أجرنا من أجرت، أو أمنا من أمنت يا أم هانئ.» متفق عليه، ولذلك «أمر النبي". (١)

٤٧٧. ١٣٧-"وأبو ثور.

وإن عين مكيال رجل أو ميزانه، وكانا معروفين عند العامة، جاز. ولم يختص بهما. وإن لم يعرفا، لم يجز.

[فصل أسلم فيما يكال وزنا أو فيما يوزن كيلا]

(٣٢١٦) فصل: وإن أسلم فيما يكال وزنا، أو فيما يوزن كيلا، فنقل الأثرم، أنه سأل أحمد عن السلم في التمر وزنا؟ فقال: لا إلا كيلا. قلت: إن الناس هاهنا لا يعرفون الكيل. قال: وإن كانوا لا يعرفون الكيل. فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيل إلا كيلا، ولا في الموزون إلا وزنا.

وهكذا ذكره القاضي، وابن أبي موسى؛ لأنه مبيع يشترط معرفة قدره، فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل، كبيع الرطوبات بعضها ببعض. ولأنه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به في الأصل، فلم يجز، كما لو أسلم في المذروع وزنا. ونقل المروذي عن أحمد، أنه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلا أو وزنا. وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزنا، وفي الموزون كيلا؛ لأن اللبن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا، وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما. وهذا قول الشافعي وابن المنذر وقال مالك: ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا.

وهذا أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن الغرض معرفة قدره، وخروجه من الجهالة، وإمكان تسليمه من غير تنازع، فبأي قدر قدره جاز. ويفارق بيع الربويات؛ فإن التماثل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط، ولا نعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الأصلي. إذا ثبت هذا، فإن الحبوب كلها

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٦

مكيلة، وكذلك التمر والزبيب والفستق والبندق والملح. قال القاضي: وكذلك الأدهان. وقال في السمن واللبن والزبد: يجوز السلم فيها كيلا ووزنا. ولا يسلم في اللبأ إلا وزنا؛ لأنه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه.

[فصل المسلم فيه مما لا يمكنه وزنه بالميزان]

(٣٢١٧) فصل: فإن كان المسلم فيه مما لا يمكنه وزنه بالميزان لثقله، كالأرحية والحجارة الكبار، يوزن بالسفينة، فتترك السفينة في الماء، ثم يترك ذلك فيها فينظر إلى أي موضع تغوص، فيعلمه، ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو حجارة صغار، إلى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه، ثم يوزن بميزان. فما بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه.

[فصل تقدير المذروع بالذرع]

(٣٢١٨) فصل: ولا بد من تقدير المذروع بالذرع، بغير خلاف نعلمه. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم.". (١)

٤٧٨. ١٣٨-"ثمن سليم، فإذا دفع إليه ما ليس بسليم، كان له المطالبة بالسليم، ولا يؤثر قبض المعيب في العقد. وإن تفرقا، ثم علم عيبه فرده، ففيه وجهان: أحدهما، يبطل العقد برده، لوقوع القبض بعد التفرق، ولا يجوز ذلك في السلم.

والثاني، لا يبطل؛ لأن القبض الأول كان صحيحا؛ بدليل ما لو أمسكه ولم يرده، وهذا يدل على المقبوض. وهذا قول أبي يوسف ومحمد. وهو أحد قولي الشافعي. واختيار المزني، لكن من شرطه أن يقبض البدل في مجلس الرد، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل لم يصح، وجها واحدا؛ لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما.

وإن وجد بعض الثمن رديئا فرده، فعلى المردود التفصيل الذي ذكرناه. وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة.

[فصل خرجت الدراهم في السلم مستحقة والثمن معين]

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢١٧

(٣٢٣٣) فصل: وإن خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين، لم يصح العقد. قال أحمد: إذا خرجت الدراهم مسروقة، فليس بينهما بيع؛ وذلك لأن الثمن إذا كان معينا فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه، وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس.

وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد؛ لأن المقبوض لا يصلح عوضا، فقد تفرقا قبل أخذ الثمن، إلا على الرواية التي تقل بصحة تصرف الفضولي، أو أن النقود لا تتعين بالتعيين. وإن وجد بعضه مستحقا، بطل في ذلك البعض، وفي الباقي وجهان، بناء على تفريق الصفقة.

[فصل له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام إلى أجل]

(٣٢٣٤) فصل: إذا كان له في ذمة رجل دينار، فجعله سلما في طعام إلى أجل، لم يصح. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، منهم مالك، والأوزاعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق، وأصحابالرأي، والشافعي. وعن ابن عمر أنه قال: لا يصلح ذلك. وذلك لأن المسلم فيه دين، فإذا جعل الثمن دينا كان بيع دين بدين، ولا يصح ذلك بالإجماع.

ولو قال أسلمت إليك مائة درهم في كر طعام. وشرطا أن يعجل له منها خمسين وخمسين إلى أجل، لم يصح العقد في الكل، على قول الخرقي، ويخرج [في] صحته في قدر المقبوض وجهان، بناء على تفريق الصفقة؛ أحدهما، يصح. وهو قول أبي حنيفة. والثاني، لا يصح. وهو قول الشافعي. وهو أصح؛ لأن للمعجل فضلا على المؤجل، فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤجل، والزيادة مجهولة، فلا يصح.

[مسألة معرفة صفة الثمن المعين في السلم]

(٣٢٣٥) مسألة؛ قال: (ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف، بطل) وجملة ذلك، أن هذه الأوصاف الستة التي ذكرناها، لا يصح السلم إلا بها، وقد دللنا على ذلك. واختلفت الرواية في شرطين آخرين:". (١)

٤٧٩. ١٣٩-"الوطء يمكن أن تلد فيها، فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره، ويكون القول قول الراهن بغير يمين؛ لأننا لم نلحقه به بدعواه، بل بالشرع. فإن أنكر شرطا من هذه الشروط، فقال: لم آذن. أو

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٤

قال: أذنت فما وطئت. أو قال: لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت. أو قال: ليس هذا ولدها، وإنما استعارته. فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم ذلك كله، وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة. وهذا مذهب الشافعي.

[فصل أذن في ضرب أمته المرهونة فضربها فتلفت]

(٣٣٣٩) فصل: ولو أذن في ضربها، فضربها فتلفت، فلا ضمان عليه؛ لأن ذلك تولد من المأذون فيه، كتولد الإحبال من الوطء.

[فصل أقر الراهن بوطء أمته المرهونة]

(٣٣٤٠) فصل: إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال؛ أحدها، أن يقر به حال العقد، أو قبل لزومه، فحكم هذين واحد، ولا يمنع ذلك صحة العقد؛ لأن الأصل عدم الحمل، فإن بانت حائلا، أو حاملا بولد لا يلحق بالراهن، فالرهن بحاله، وكذلك إن كان يلحق به، لكن لا تصير به أم ولد، مثل إن وطئها وهي زوجته، ثم ملكها ورهنها.

وإن بانت حاملا بولد تصير به أم ولد، بطل الرهن، ولا خيار للمرتهن، وإن كان مشروطا في بيع؛ لأنه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهنا، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه، لم يكن له خيار، كالمريض إذا مات، والجاني إذا اقتص منه. وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: له الخيار؛ لأن الوطء نفسه لا يثبت الخيار، فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه، بخلاف الجناية والمرض

ولنا، أن إذنه في الوطء إذن فيما يئول إليه، كذلك رضاه به رضى بما يئوله إليه. الحال الثالث، أقر بالوطء بعد لزوم الرهن، فإنه يقبل في حقه، ولا يقبل في حق المرتهن؛ لأنه أقر بما يفسخ عقدا لازما لغيره، فلم يقبل، كما لو أقر بذلك بعد بيعها. ويحتمل أن يقبل؛ لأنه أقر في ملكه بما لا تهمة فيه، لأنه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن

والأول أصح؛ لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل. وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها، أو أنها كانت جنت جناية تعلق أرشها برقبتها. وللشافعي في ذلك قولان، وإن أقر أنه أعتقها، صح إقراره، وخرجت من الرهن. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يقبل. بناء على أنه لا يصح إعتاقه للرهن

ولنا، أنه لو أعتقه لنفذ عتقه، فقبل إقراره بعتقه، كغير الرهن، ولأن إقراره بعتقه يجري". (١)

٤٨٠. ١٤٠-"شيء. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لم يجب بالجناية مال، ولا استحق بحال، وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال

ولنا، أنه أتلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن، فغرم قيمته، كما لو كانت الجناية موجبة للمال، وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون، وإنما أوجبنا أقل القيمتين، لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية، والواجب من المال هو أقل القيمتين، لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته، وإن كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته، وإن عفا على مال صح عفوه، ووجب أقل القيمتين، لما ذكرنا

هذا إذا كان القصاص قتلا، وإن كان جرحا أو قلع سن ونحوه، فالواجب بالعفو أقل الأمرين؛ من أرش الجرح، أو قيمة الجاني. وإن عفا مطلقا، أو على غير مال، انبني ذلك على موجب العمد ما هو؟ فإن قلنا: موجبه أحد شيئين. ثبت المال

وإن قلنا: موجبه القصاص عينا، فحكمه حكم ما لو اقتص؛ إن قلنا ثم: يجب قيمته على الراهن. وجب هاهنا. وهو اختيار أبي الخطاب؛ لأنه فوت بدل الرهن بفعله، أشبه ما لو اقتص. وإن قلنا: لا يجب على الراهن شيء ثم. لم يجب هاهنا شيء. وهو قول القاضي، ومذهب الشافعي لأنه اكتساب مال، فلا يجبر عليه

وأما إن كانت الجناية موجبة للمال، أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص، فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن، ويكون من غالب نقد البلد، كقيم المتلفات، فلو أراد الراهن أن يصالح عنها، أو يأخذ حيوانا عنها، لم يجز إلا بإذن المرتهن، فإن أذن فيه جاز؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، وما قبض من شيء فهو رهن، بدلا عن الأول، نائبا عنه، وقائما مقامه، فإن عفا الراهن عن المال، فقال القاضي: يسقط حق الراهن دون حق المرتهن، فتؤخذ القيمة تكن رهنا، فإذا زال الرهن رجع الأرش إلى الجاني، كما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان

وإن استوفى الدين من الأرش، احتمل أن يرجع الجاني على العافي؛ لأن ماله ذهب في قضاء دينه، فلزمته غرامته، كما لو غصبه أو استعاره فرهنه، واحتمل أن لا يرجع عليه؛ لأنه لم يوجد منه في حق

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٤/٤

الجاني ما يقتضي وجوب الضمان، وإنما استوفي بسبب كان منه حال ملكه، فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده. ثم وهبه لغيره، فتلف بالجناية السابقة

وقال أبو الخطاب: يصح العفو مطلقا، ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا؛ لأنه أسقط دينه عن غريمه، فصح، كسائر ديونه. قال: ولا يمكن كونه رهنا مع عدم حق الراهن فيه، فلزمته القيمة، لتفويته حق المرتهن، فأشبه ما لو تلف بدل الرهن

وقال الشافعي لا يصح العفو أصلا؛ لأن حق المرتهن متعلق به، فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه، وكما لو وهب الرهن أو غصب، فعفي عن غاصبه. وهذا أصح في النظر، وإن قال المرتهن: أسقطت حقي من ذلك. سقط؛ لأنه ينفع الراهن". (١)

٤٨١. ١٤١-"في الشروط الفاسدة في البيع. واختار أبو الخطاب هاهنا فساد البيع. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك.

[فصل الشروط في الرهن]

(٣٣٦٢) فصل: والشروط في الرهن تنقسم قسمين؛ صحيحا وفاسدا، فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه، أو عدلين، أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق. ولا نعلم في صحة هذا خلافا، وإن شرط أن يبيعه المرتهن، صح. وبه قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي: لا يصح؛ لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان، فلم يصح، كما لو وكله في بيعه من نفسه.

ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع، والاحتياط في توفير الثمن، والمرتهن يريد تعجيل الحق، وإنجاز البيع. ولنا، أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه، جاز توكيل المرتهن فيه، كبيع عين أخرى، ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك، جاز اشتراط البيع له، كالعدل، ولا يضر اختلاف الغرضين، إذا كان غرض المرتهن مستحقا له، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق، وإنجاز البيع؛ وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه، فقد سمح له بذلك، والحق له، فلا يمنع من السماحة به، كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه.

ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه، وإن سلمنا، فلأن الشخص الواحد يكون بائعا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨١

مشتريا، وموجبا، قابلا، وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا.

[فصل رهنه أمة فشرط كونها عند امرأة أو ذي محرم لها]

(٣٣٦٣) فصل: وإذا رهنه أمة، فشرط كونها عند امرأة، أو ذي محرم لها، أو كونها في يد المرتهن، أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها، مثل أن يكون لهما زوجات، أو سراري، أو نساء من محارمهما معهما في دارهما، جاز؛ لأنه لا يفضي إلى محرم. وإن لم يكن كذلك، فسد الشرط؛ لأنه يفضي إلى الخلوة المحرمة، ولا يؤمن عليها. ولا يفسد الرهن؛ لأنه لا يعود إلى نقص، ولا ضرر في حق المتعاقدين، ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط، يصح الرهن، ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده.

وإن كان الرهن عبدا، فشرط موضعه، جاز، وإن لم يشترط موضعه، صح أيضا، كالأمة. ويحتمل أن لا يصح؛ لأن للأمة عرفا، بخلاف العبد. والأول أصح، فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها، فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها، لم يجز أيضا، فاستويا.

[فصل والقسم الثاني الشروط الفاسدة في الرهن]

(٣٣٦٤) فصل: والقسم الثاني، الشروط الفاسدة، مثل أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط ألا يباع الرهن عند حلول الحق، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو بيع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه. فهذه شروط فاسدة؛ لمنافاتها مقتضى العقد، فإن". (١)

٤٨٢. ١٤٢-"لا بها، وإن اختلفا في تلف العين، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن يده يد أمانة، ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف، فقبل قوله فيه، كالمودع.

[فصل قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين قال بل على أن أرهنك هذا وحده]

(٣٣٩٠) فصل: فإن قال: بعتك هذا الثوب، على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين. قال: بل على أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٦/٤

أرهنك هذا وحده. ففيها روايتان، حكاهما القاضي، إحداهما، يتحالفان، لأنه اختلاف في البيع، فهو كالاختلاف في الثمن. والثانية، القول قول الراهن؛ لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه، والقول قول المنكر، وهذا أصح.

(٣٣٩١) فصل: وإن قال: أرسلت وكيلك، فرهنني عبدك، على عشرين قبضها. قال: ما أمرته برهنه إلا بعشرة، ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول، فإن صدق الراهن، فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة، ولا قبض إلا عشرة، ولا يمين على الراهن، لأن الدعوى على غيره، فإذا حلف الوكيل برئا جميعا، وإن نكل، فعليه العشرة المختلف فيها، ولا يرجع بها على أحد؛ لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها، ولا أمره بأخذها، وإنما المرتهن ظلمه. وإن صدق الوكيل المرتهن، وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن، فالقول قول الراهن مع يمينه. فإن نكل، قضي عليه بالعشرة، ويدفع إلى المرتهن، وإن حلف برئ، وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن؛ لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه. وإن عدم الرسول، أو تعذر إحلافه، فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه إلا بعشرة، ولا قبض أكثر منها، ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى.

(٣٣٩٢) فصل: إذا كان على رجل ألفان، أحدهما برهن، والآخر بغير رهن، فقضى ألفا، وقال: قضيت دين الرهن. وقال المرتهن: بل قضيت الدين الآخر. فالقول قول الراهن مع يمينه، سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه؛ لأنه أعلم بنيته وصفة، دفعه، ولأنه يقول: إن الدين الباقي بلا رهن، والقول قوله في أصل الرهن، فكذلك في صفته، وإن أطلق القضاء، ولم ينو شيئا، فقال أبو بكر: له صرفها إلى أيهما شاء، كما لو كان له مال حاضر وغائب، فأدى قدر زكاة أحدهما، كان له أن يعين عن أي المالين شاء. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم: يقع الدفع عن الدينين معا، عن كل واحد منهما نصفه؛ لأنهما تساويا في القضاء، فتساويا في وقوعه عنهما، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين، واختلفا، فالقول قول المرتهن، على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن، ذكره أبو بكر.

[فصل اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن]

(٣٣٩٣) فصل: وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما، ولم يضر إنكاره؛

لأن الحق لهما، وإن قال أحدهما: قبضه العدل. فأنكر الآخر، فالقول قول المنكر، كما". (١)

٤٨٣. ١٤٣-"أبو الخطاب، في " رءوس المسائل "؛ لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء، فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله، ولأن المفلس محجور عليه، فلم ينفذ عتقه كالسفيه، وفارق المطلق وأما سرايته إلى ملك الغير، فمن شرطه أن يكون موسرا، يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه، فلا يتضرر، ولو كان معسرا، لم ينفذ عتقه إلا فيما يملك، صيانة لحق الغير، وحفظا له عن الضياع، كذا هاهنا. وهذا **أصح**، إن شاء الله تعالى.

[فصل إظهار الحجر على المفلس]

(٣٤٤٩) فصل: ويستحب إظهار الحجر عليه، لتجتنب معاملته، كي لا يستضر الناس بضياع أموالهم عليه، والإشهاد عليه، لينتشر ذلك عنه، وربما عزل الحاكم أو مات، فيثبت الحجر عند الآخر، فيمضيه، ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

[فصل المفلس ثبت عليه حق ببينة]

(٣٤٥٠) فصل: وإن ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء؛ لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه، فأشبه ما لو قامت البينة به قبل الحجر. ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالا، شارك المجني عليه الغرماء؛ لأن حق المجني عليه ثبت بغير اختياره

ولو كانت الجناية موجبة للقصاص، فعفا صاحبها عنها إلى مال، أو صالحه المفلس على مال، شارك الغرماء؛ لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه، فأشبه ما لو أوجبت المال. فإن قيل: ألا قدمتم حقه على الغرماء، كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس؟ قلنا: لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه، فقدم لذلك، وحق هذا تعلق بالذمة، كغيره من الديون، فاستويا.

[فصل قسم الحاكم مال المفلس بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر]

(٣٤٥١) فصل: ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه، ثم ظهر غريم آخر، رجع على الغرماء بقسطه، وبهذا قال الشافعي، وحكي ذلك عن مالك، وحكي عنه: لا يحاصهم؛ لأنه نقض لحكم الحاكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٠

ولنا، أنه غريم لو كان حاضرا قاسمهم، فإذا ظهر بعد ذلك، قاسمهم، كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله، وليس قسم الحاكم ماله حكما، إنما هو قسمة بان الخطأ فيها، فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر. أو قسم أرضا بين شركاء، ثم ظهر شريك آخر. أو قسم الميراث بين ورثة، ثم ظهر وارث سواه، أو وصية، ثم ظهر موصى له آخر.

[فصل أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة]

(٣٤٥٢) فصل: ولو أفلس وله دار مستأجرة، فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة، وسقط من الأجرة بقدر ذلك، ثم إن وجد عين ماله، أخذ بقدر ذلك، وإن لم يجده، ضرب مع الغرماء بقدره. وإن كان ذلك بعد قسم ماله، رجع على الغرماء بحصته؛ لأنه سبب وجوبه قبل الحجر، ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة

ولو باع سلعة، وقبض ثمنها، ثم أفلس فوجد بها المشتري عيبا، فردها به، أو ردها بخيار، أو اختلاف في الثمن، ونحوه، ووجد عين ماله،". (١)

٤٨٤. ١٤٤-"فقالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير، فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي؟ فقال: «ارضخي ما اسطعت، ولا توعي، فيوعى عليك» . متفق عليهما وروي أن «امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله إنا كل على أزواجنا وآبائنا، فما يحل لنا من أموالهم؟ قال: الرطب تأكلينه، وتهدينه» .

ولأن العادة السماح بذلك، وطيب النفس، فجرى مجرى صريح الإذن، كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الإذن في أكله. والرواية الثانية، لا يجوز؛ لما روى أبو أمامة الباهلي، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها. قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ . قال: ذاك أفضل أموالنا» . رواه سعيد في " سننه ". وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» . وقال «إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا» .

ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه، فلم يجز، كغير الزوجة. والأول أصح؛ لأن الأحاديث فيها خاصة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٣١

صحيحة، والخاص يقدم على العام ويبينه، ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة، والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف، ولا يصح قياس المرأة على غيرها؛ لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها، وتتبسط فيه، وتتصدق منه، لحضورها وغيبته، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، فصار كأنه قال لها: افعلي هذا. فإن منعها ذلك، وقال: لا تتصدقي بشيء، ولا تتبرعي من مالي بقليل، ولا كثير. لم يجز لها ذلك؛ لأن المنع الصريح نفي للإذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته

كجاريته، أو أخته. أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه، جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا؛ لوجود المعنى فيه. ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها، كالتي يطعمها بالفرض، ولا يمكنها من طعامه، ولا من التصرف في شيء من ماله، لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله؛ لعدم المعنى فيها، والله أعلم.

[مسألة الرشد الصلاح في المال]

(٣٤٧٦) مسألة؛ قال: (والرشد الصلاح في المال) هذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ مالك وأبو حنيفة. وقال الحسن والشافعي، وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله؛ لأن الفاسق غير رشيد، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله، وثبوت الولاية على غيره، وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.". (١)

٤٨٥. ١٤٥-"ميزاب، أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض، ليزيله عنه، جاز.

وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط، فصالحه بشيء على أن لا يعيده، جاز؛ لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه، جاز أن يصالح عنه؛ لأن الصلح بيع.

[فصل وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه]

فصل: وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك، أو حائط جاره، ولم يعلم سببه، فمتى زال فله إعادته؛ لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره، فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٥٠

وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره، وما أشبه هذا، فهو له؛ لأن الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة. وإذا اختلفا في ذلك، هل هو بحق أو بعدوان؟ فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه؛ لأن الظاهر معه.

[فصل ادعى رجل دارا في يد أخوين فأنكره أحدهما]

(٣٥٣٢) فصل: إذا ادعى رجل دارا في يد أخوين، فأنكره أحدهما، وأقر له الآخر، ثم صالحه عما أقر له بعوض، صح الصلح، ولأخيه الأخذ بالشفعة. ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقا، وبين ما إذا قال: هذه لنا ورثناها جميعا عن أبينا أو أخينا. فيقال: إذا كان الإنكار مطلقا، كان له الأخذ بالشفعة، وإن قال: ورثناها عن أبينا. فلا شفعة له؛ لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل، وأن الصلح باطل، فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة.

ووجه الأول، أن الملك ثبت للمدعي حكما؛ وقد رجع إلى المقر بالبيع، وهو معترف بأنه بيع صحيح فتثبت فيه الشفعة، كما لو كان الإنكار مطلقا. ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الأسباب، فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر، كحالة إطلاق الإنكار وهذا أصح.

[مسألة تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما]

(٣٥٣٣) مسألة: قال: (وإذا تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما، تحالفا، وكان بينهما. وكذلك إن كان محلولا من بنائهما. وإن كان معقودا ببناء أحدهما، كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا حائطا بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقودا ببنائهما معا، وهو أن يكون متصلا بهما اتصالا لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط، مثل اتصال البناء بالطين، كهذه الفطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما، أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور، بل بينهما شق مستطيل، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر.

فهما سواء في الدعوى، فإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا، فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط، أنه له، ويجعل بينهما نصفين؛ لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط؛ لكون الحائط في أيديهما. وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط، أنه له، وما هو لصاحبه، جاز، وهو

بينهما. وبهذا قال". (١)

٤٨٦. ١٤٦-"الدرجة لأجله، وإنما جعل مرفقا يجعل فيه جب الماء ونحوه، فهي لصاحب العلو؛ لأنها بنيت لأجله وحده. ويحتمل أن تكون بينهما؛ لأن يدهما عليها، وانتفاعهما حاصل بها، فهي كالسقف.

[فصل تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر]
(٣٥٤٠) فصل: ولو تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر، تحالفا، وكانت بينهما؛ لأنها حاجز بين ملكيهما، فهي كالحائط بين الملكين.

[فصل كان بينهما حائط مشترك فانهدم]
(٣٥٤١) فصل: إذا كان بينهما حائط فطلب أحدهما إعادته فأبى الآخر مشترك، فانهدم، فطلب أحدهما إعادته، فأبى الآخر، فهل يجبر الممتنع على إعادته؟ قال القاضي: فيه روايتان: إحداهما، يجبر. نقلها ابن القاسم، وحرب، وسندي. قال القاضي: هي أصح. وقال ابن عقيل: وعلى ذلك أصحابنا . وبه قال مالك، في إحدى روايتيه، والشافعي في قديم قوليه. واختاره بعض أصحابه، وصححه؛ لأن في ترك بنائه إضرارا، فيجبر عليه، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما، وعلى النقض إذا خيف سقوطه عليهما، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا إضرار» . وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه. والرواية الثانية، لا يجبر.
نقل عن أحمد ما يدل على ذلك، وهو أقوى دليلا، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه ملك لا حرمة له في نفسه، فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه، كما لو انفرد به، ولأنه بناء حائط، فلم يجبر عليه، كالابتداء، ولأنه لا يخلو، إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه، أو لحق جاره، أو لحقيهما جميعا، لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه، بدليل ما لو انفرد به، ولا لحق غيره، كما لو انفرد به جاره، فإذا لم يكن كل واحد منهما موجبا عليه، فكذلك إذا اجتمعا. وفارق القسمة، فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مضرة، لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه،

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٧٩

إجباره على إزالته بما فيه ضرر، بدليل قسمة ما في قسمته ضرر.

ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه؛ لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه، فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه، وإن انفرد بالحائط، بخلاف مسألتنا.

ولا نسلم أن في تركه إضرارا، فإن الضرر إنما حصل بانهدامه، وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به، وهذا لا يمنع الإنسان منه، بدليل حالة الابتداء، وإن سلمنا أنه إضرار، لكن في الإجبار إضرار، ولا يزال الضرر بالضرر، وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع، أو يكون معسرا ليس معه ما يبني به، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر، فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه؛ لأن له حقا في الحمل ورسما، فلا يجوز منعه منه، وله بناؤه بأنقاضه إن شاء،". (١)

٤٨٧. ١٤٧-"والثاني، القول قول المحيل؛ لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه، والمحتال يدعي نقله، والمحيل ينكره، والقول قول المنكر. فعلى الوجه الأول، يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه، ويستحق مطالبته، ويسقط عن المحيل.

وعلى الوجه الثاني، يحلف المحيل، ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين: إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه، وتلف في يده، فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه، ولا ضمان عليه، سواء تلف بتفريطه أو غيره؛ لأنه إن تلف بتفريط، وكان المحتال محقا، فقد أتلف ماله، وإن كان مبطلا، ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له، فيتقاصان، ويسقطان.

وإن تلف بغير تفريط، فالمحال قد قبض حقه، وتلف في يده، وبرئ منه المحيل بالحوالة، والمحال عليه بتسلمه، والمحيل يقول: قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط. فلا ضمان عليه. وإن لم يتلف، احتمل أن لا يملك المحيل طلبه؛ لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده، وهو مستحق لقبضه، فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه.

ويحتمل أن يملك أخذه منه، ويملك المحتال مطالبته بدينه. وقيل: يملك المحيل أخذه منه، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه؛ لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة. وليس بصحيح؛ لأن المحتال إن اعترف بذلك، فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق، وأنه يستحق المطالبة به، فعلى كلا الحالين، هو مستحق

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٣/٤

للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه، في قولهما جميعا، فلا وجه لإسقاطه، ولا موضع للبينة في هذه المسألة؛ لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع، ولا فعل يرى، وإنما يدعي المحيل بينة، وهذا لا تشهد به البينة نفيا ولا إثباتا. (٣٥٦٦)

فصل: وإن كانت المسألة بالعكس، فقال: أحلتك بدينك. فقال: بل وكلتني. ففيها الوجهان أيضا؛ لما قدمناه. فإن قلنا: القول قول المحيل. فحلف، برئ من حق المحتال، وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه؛ لأنه يجوز له ذلك بقولهما معا، فإذا قبضه كان له بحقه. وإن قلنا: القول قول المحتال، فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه، ومطالبة المحتال عليه؛ لأنه إما وكيل وإما محتال.

فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل، فله أخذ ما قبض لنفسه؛ لأن المحيل يقول: هو لك. والمحتال يقول: هو أمانة في يدي، ولي مثله على صاحبه، وقد أذن له في أخذه ضمنا. فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه، ولم يأخذ من المحيل شيئا. وإن استوفى من المحيل، رجع على المحال في أحد الوجهين؛ لأنه قد تثبتت الوكالة بيمين المحتال، وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل. والثاني، لا يرجع عليه؛ لأنه يعترف أنه قد برئ من حقه، وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه. قال القاضي: والأول **أصح**.

وإن كان قد قبض الحوالة، فتلفت في يده بتفريط، أو أتلفها، سقط حقه على الوجهين؛ لأنه إن كان محقا فقد أتلف حقه، وإن كان مبطلا فقد". (١)

٤٨٨. ١٤٨-"المحيل ينكر أن له عليه دينا، فالقول قوله بغير يمين؛ لأن المحتال يقر ببراءته منه، لاستيفائه من المحال عليه.

وإن كان المحيل يعترف به، لم يكن للمحتال المطالبة به؛ لأنه يقر بأنه قد برئ منه بالحوالة، والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه، واستوفى منه بغير حق، والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضا بغير حق، وإنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه، فينبغي أن يقبضها المحتال، ويسلمها إلى المحال عليه، أو يأذن للمحيل في دفعها إلى المحال عليه. وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة، ودفع إليه، فأنكر المحيل الحوالة، حلف، ورجع على المحال عليه.

والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٧/٤

[فصل كان عليه ألف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به]

(٣٥٦٩) فصل: فإن كان عليه ألف ضمنه رجل، فأحال الضامن صاحب الدين به، برئت ذمته وذمة المضمون عنه؛ لأن الحوالة كالتسليم، ويكون الحكم هاهنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين. فإن كان الألف على رجلين، على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك، فأحاله أحدهما بالألف، برئت ذمتهما معا، كما لو قضاها. وإن أحال صاحب الألف رجلا على أحدهما بعينه بالألف، صحت الحوالة؛ لأن الدين على كل واحد منهما مستقر.

وإن أحال عليهما جميعا، ليستوفي منهما، أو من أيهما شاء صحت الحوالة أيضا عند القاضي؛ لأنه لا فضل هاهنا في نوع ولا أجل ولا عدد، وإنما هو زيادة استيثاق، فلم يمنع ذلك صحة الحوالة، كحوالة المعسر على المليء. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تصح الحوالة؛ لأن الفضل قد دخلها، فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما، أو من أيهما شاء، فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما ألف ليستوفي من أيهما شاء.

والأول أصح. والفرق بين هذه المسألة، وبين ما إذا أحاله بألفين، أنه لا فضل بينهما في العدد هاهنا، وثم تفاضلا فيه، ولأن الحوالة هاهنا بألف معين، وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين، وأنه إذا قضاه أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين، وثم إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنا عن صاحبه، فأحال عليهما، صحت الحوالة بغير إشكال؛ لأنه لما كان له أن يستوفي الألف من واحد، كان له أن يستوفي من اثنين، كالوكيلين.

[باب الضمان]

[مسألة ضمن عنه حق بعد وجوبه]

باب الضمان (٣٥٧٠) مسألة؛ قال: (ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيته فهو علي. فقد لزمه ما صح أنه أعطاه) . الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتهما جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم. وقال القاضي: هو مشتق من التضمين؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٩٩

٤٨٩. ١٤٩-"ومنها، صحة الضمان في كل حق، أعني من الحقوق المالية الواجبة، أو التي تئول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده؛ لأن هذه الحقوق لازمة، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها، كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار، ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايلة. وبهذا كله قال الشافعي.

[فصل ما يصح ضمانه]

(٣٥٧٣) فصل: فيما يصح ضمانه: ويصح ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة والمناضلة. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: لا يصح ضمانه؛ لأنه لا يئول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه، كما في الكتابة. ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] . ولأنه يئول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل.

ويصح ضمان أرش الجناية، سواء كانت نقودا كقيم المتلفات، أو حيوانا كالديات. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها؛ لأنه مجهول. وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ولأن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر؛ لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة، وكذلك غيرها من الحيوان، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف، فلم يمنع وجوبه بالالتزام.

ويصح ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة؛ لأن نفقة اليوم واجبة، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب. وقال القاضي: إذا ضمن نفقة المستقبل، لم تلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار.

وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه: يصح ضمانها. ولنا، أنه يصح ضمان ما لم يجب، واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها، بدليل الجعل في الجعالة، والصداق قبل الدخول، والمبيع في مدة الخيار. فأما النفقة في الماضي، فإن كانت واجبة، إما بحكم الحاكم بها، أو قلنا: بوجوبها بدون حكمه، صح ضمانها، وإلا فلا.

ويصح ضمان مال السلم، في إحدى الروايتين. والأخرى لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، فلم يجز، كالحوالة به. والأول **أصح**؛ لأنه دين لازم فصح ضمانه، كالأجرة وثمن المبيع. ولا يصح ضمان مال الكتابة، في إحدى الروايتين. وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم.

والأخرى: يصح؛ لأنه دين على المكاتب، فصح ضمانه، كسائر الديون عليه.

والأولى أصح؛ لأنه ليس بلازم. ولا مآله إلى اللزوم، فإن للمكاتب تعجيز نفسه، والامتناع عن أدائه، فإذا لم يلزم الأصيل، فالضمين أولى. ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد القولين، وقال في". (١)

٤٩٠. ١٥٠-"لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه، إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه، كحد الزنى.

[فصل الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة]

(٣٥٩٧) فصل: ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة؛ لأن الحضور لا يلزمه. فلا تجوز الكفالة به، كدين الكتابة.

[فصل الكفالة حالة ومؤجلة]

(٣٥٩٨) فصل: وتصح الكفالة حالة ومؤجلة، كما يصح الضمان حالا ومؤجلا، وإذا أطلق كانت حالة؛ لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول، كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالا كان له مطالبته بإحضاره، فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه، ولم يلزم المكفول له تسلمه؛ لأنه لا يحصل له غرضه. وإن لم يكن يد حائلة، لزمه قبوله، فإن قبله برئ من الكفالة.

وقال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت إليك منه. أو قد سلمته إليك. أو قد أخرجت نفسي من كفالته. والصحيح الأول؛ لأنه عقد على عمل، فبرئ منه بالعمل المعقود عليه، كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برئ، لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه، فبرئ منه كالمسلم فيه. وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسلمه، أشهد على امتناعه رجلين، وبرئ؛ لأنه فعل ما وقع العقد على فعله، فبرئ منه. وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه؛ فإن لم يجد حاكما أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله.

والأول أصح؛ فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه، كحاكم أو غيره. وإن كانت

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٢/٤

الكفالة مؤجلة، لم يلزم إحضاره قبل الأجل، كالدين المؤجل، فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ. وإن كان غائبا أو مرتدا لحق بدار الحرب، لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته. وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال؛ لأن الحق قد توجه عليه. ولنا، أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم. وإن كان حالا كالدين، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه، أخذ بما عليه. وقال أصحاب الشافعي: إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه، لم يطالب الكفيل بإحضاره، ولم يلزمه شيء، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس. وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى. وإن أحضر المكفول به قبل الأجل، ولا ضرر في تسليمه، لزمه.

وإن كان فيه ضرر، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم، أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدة، لم يلزمه قبوله، كما نقول في من دفع الدين المؤجل قبل حلوله

[فصل عين في الكفالة تسليمه في مكان ثم أحضره في غيره]

(٣٥٩٩) فصل: وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان، فأحضره في غيره، لم يبرأ من الكفالة.". (١)

٤٩١. ١٥١-"والشعبي وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والشافعي.

وقال الحكم ومالك والليث: يجب على الكفيل غرم ما عليه. وحكي ذلك عن ابن شريح؛ لأن الكفيل وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره، فلزم كفيله ما عليه، كما لو غاب. ولنا، أن الحضور سقط عن المكفول به، فبرئ الكفيل، كما لو برئ من الدين. ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين، أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب، فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن؛ فإنه علق به المال، فاستوفي منه.

[فصل قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٧/٤

(٣٦٠٨) فصل: إذا قال الكفيل: قد برئ المكفول به من الدين، وسقطت الكفالة. أو قال: لم يكن عليه دين حين كفلته. فأنكر المكفول له، فالقول قوله؛ لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين، وعليه اليمين، فإن نكل، قضي عليه.

ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه؛ لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه، فإن من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر. والأول أولى؛ لأن ما ادعاه محتمل.

[فصل قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة]

(٣٦٠٩) فصل: وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة. برئ؛ لأنه حقه، فيسقط بإسقاطه، كالدين. وإن قال: قد برئت إلي منه. أو قد رددته إلي. برئ أيضا؛ لأنه معترف بوفاء الحق، فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان. وكذلك إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به. يبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به. ولا يكون إقرارا بقبض الحق. وهذا قول محمد بن الحسن. وقيل: يكون إقرارا بقبض الحق، فيما إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به.

والأول أصح؛ لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق، بإبراء المستحق، أو موت المكفول به. فأما إن قال للمكفول به: أبرأتك عما لي قبلك من الحق. أو برئت من الدين الذي قبلك. فإنه يبرأ من الحق، وتزول الكفالة؛ لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله. وإن قال: برئت من الدين الذي كفل به فلان. برئ، وبرئ كفيله.

[فصل كان لذمي على ذمي خمر]

(٣٦١٠) فصل: وإذا كان لذمي على ذمي خمر، فكفل به ذمي آخر، ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه، برئ الكفيل والمكفول عنه. وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه، لم يبرأ واحد منهما، ويلزمهما قيمة الخمر؛ لأنه كان واجبا، ولم يوجد إسقاط ولا استيفاء، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه، فبقي بحاله. ولنا، أن المكفول به مسلم، فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلما قبل الكفالة. وإذا برئ المكفول به، برئ كفيله. كما لو أدى الدين أو أبرئ منه، ولأنه لو أسلم المكفول له، برئا جميعا،

وكذلك". (١)

٤٩٢. ١٥٢-"في هذه الأشياء؛ لأن من أخذها ملكها.

وقال الشافعي شركة الأبدان كلها فاسدة؛ لأنها شركة على غير مال. فلم تصح. كما لو اختلفت الصناعات. ولنا، ما روى أبو داود والأثرم بإسنادهما، عن أبي عبيدة، عن عبد الله، قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر، فلم أجئ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقد أقرهم عليه، وقال أحمد: أشرك بينهم النبي – صلى الله عليه وسلم –. فإن قيل: فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكان له أن يدفعها إلى من شاء.

فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا. قلنا: أما الأول، فالجواب عنه أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم، ولهذا نقل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من أخذ شيئا فهو له» . فكان ذلك من قبيل المباحات؛ من سبق إلى أخذ شيء فهو له.

ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل، إلا أن الأول أصح لقوله: جاء سعد بأسيرين، ولم أجئ أنا وعمار بشيء. وأما الثاني، فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه – عليه السلام – بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم، فأنزل الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال: ١] . والشركة كانت قبل ذلك.

ويدل على صحة هذا، أنها لو كانت لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يخل؛ إما أن يكون قد أباحهم أخذها، فصارت كالمباحات، أو لم يبحها لهم، فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ . وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا؛ لأنهم اشتركوا في مباح، وفيما ليس بصناعة، وهو يمنع ذلك، ولأن العمل أحد جهتي المضاربة، فصحت الشركة عليه كالمال، وعلى أبي حنيفة، أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح، كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة، ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك، كالتوكيل في بيع ماله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٢١

(٣٦١٦) فصل: وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع.

فأما مع اختلافها، فقال أبو الخطاب: لا تصح.". (١)

٤٩٣. ١٥٣-"ولنا، أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به، فكان القول قوله، كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه، أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به.

وما ذكره القاضي من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة، فليس بنص هاهنا؛ لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما، فلا يكون النص في إحداهما نصا في الأخرى. وما ذكره من المعنى لا أصل له، فلا يعول عليه. ولو غاب رجل، فجاء رجل آخر إلى امرأته، فذكر أن زوجها طلقها وأبانها، ووكله في تجديد نكاحها بألف. فأذنت له في نكاحها، فعقد عليها، وضمن الوكيل الألف، ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله، فالقول قوله، والنكاح الأول بحاله.

وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل، لزمه الألف، إلا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها. وحكي ذلك عن مالك، وزفر. وحكي عن أبي حنيفة، والشافعي، أنه لا يلزم الضامن شيء؛ لأنه فرع عن المضمون عنه، ولم يلزم المضمون عنه شيء، فكذلك فرعه.

ولنا، أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه، وأنه ضامن عنه، فلزمه ما أقر به، كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفا على أجنبي، فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه، وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه، فأقر البائع بالبيع، وأنكره المشتري، فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين. وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل، فلا شيء عليه. ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة، ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى، فلا يكون فيها اختلاف. والله أعلم.

الحال السادسة، أن يختلفا في صفة الوكالة، فيقول: وكلتك في بيع هذا العبد. قال: بل وكلتني في بيع هذه الجارية. أو قال: وكلتك في البيع بألفين. قال: بل بألف. أو قال: وكلتك في بيعه نقدا. قال بل نسيئة. أو قال: وكلتك في شراء عبد. قال: بل في شراء أمة. أو قال: وكلتك في الشراء بخمسة. قال: بل بعشرة. فقال القاضي: القول قول الموكل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥

وهو مذهب الشافعي، وأصحابالرأي، وابن المنذر وقال أبو الخطاب: إذا قال: أذنت لك في البيع نقدا، في الشراء بخمسة. قال: بل أذنت لي في البيع نسيئة، وفي الشراء بعشرة. فالقول قول الوكيل. نص عليه أحمد في المضاربة؛ لأنه أمين في التصرف، فكان القول قوله في صفته، كالخياط إذا قال: أذنت لي في تفصيله قباء. قال: بل قميصا.

وحكي عن مالك، إن أدركت السلعة، فالقول قول الموكل، وإن فاتت، فالقول قول الوكيل؛ لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان، والأصل عدمه، بخلاف ما إذا كانت موجودة. والقول الأول **أصح**، لوجهين: أحدهما أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل، والأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره". (١)

٤٩٤. ١٥٤-"كان الإقرار لمولاه، يلزم بتصديقه ويبطل برده. وإن أقر لبهيمة أو دار، لم يصح إقراره لها، وكان باطلا؛ لأنها لا تملك المال مطلقا، ولا يد لها. وإن قال: علي بسبب هذه البهيمة. لم يكن إقرارا لأحد، ولأنه لم يذكر لمن هي، ومن شرط صحة الإقرار ذكر المقر له. وإن قال: لمالكها أو لزيد علي بسببها ألف. صح الإقرار.

وإن قال: بسبب حمل هذه البهيمة. لم يصح، إذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل.

[فصل أقر لحمل امرأة بمال وعزاه إلى إرث أو وصية]

(٣٨١٧) فصل: وإن أقر لحمل امرأة بمال، وعزاه إلى إرث أو وصية، صح، وكان للحمل. وإن أطلق، فقال أبو عبد الله بن حامد يصح. وهو **أصح** قولي الشافعي؛ لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح، فصح له الإقرار المطلق، كالطفل. فعلى هذا، إن ولدت ذكرا أو أنثى، كان بينهما نصفين. وإن عزاه إلى إرث أو وصية، كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك.

وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح الإقرار إلا أن يعزيه إلى إرث أو وصية. وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لأنه لا يملك بغيرهما. فإن ولدت الولد ميتا، وكان قد عزا الإقرار إلى إرث أو وصية، عادت إلى ورثة الموصي وموروث الطفل، وإن أطلق الإقرار، كلف ذكر السبب، فيعمل بقوله، فإن تعذر التفسير بموته أو غيره، بطل إقراره، كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد بإقراره. وإن عزا الإقرار إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٨/٥

جهة غير صحيحة، فقال: لهذا الحمل علي ألف أقرضنيها، أو وديعة أخذتها منه. فعلى قول التميمي، الإقرار باطل، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح إقراره؛ لأنه وصل إقراره بما يسقطه، فيسقط ما وصله به، كما لو قال: له علي ألف لا تلزمني.

وإن قال: له علي ألف جعلتها له. أو نحو ذلك، فهي عدة لا يؤخذ بها. ولا يصح الإقرار لحمل إلا إذا تيقن أنه كان موجودا حال الإقرار على ما تبين في موضعه. وإن أقر لمسجد أو مصنع أو طريق، وعزاه إلى سبب صحيح، مثل أن يقول: من غلة وقفه. صح. وإن أطلق، خرج على الوجهين.

[مسألة أقر بشيء واستثنى من غير جنسه]

مسألة؛ قال: (ومن أقر بشيء، واستثنى من غير جنسه، كان استثناؤه باطلا، إلا أن يستثني عينا من ورق، أو ورقا من عين) في هذه المسألة فصلان: (٣٨١٩) أولهما: أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة إن استثنى مكيلا أو موزونا، جاز، وإن استثنى عبدا أو ثوبا من مكيل أو موزون، لم يجز.". (١)

٤٩٥. ١٥٥-"(٣٨٢٠) الفصل الثاني: إذا استثنى عينا من ورق، أو ورقا من عين، فاختلف أصحابنا في صحته؛ فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح؛ لما ذكرنا.

وهو قول محمد بن الحسن. وقال ابن أبي موسى: فيه روايتان. واختار الخرقي صحته؛ لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر، ويعبر بأحدهما عن الآخر، فإن قوما يسمون تسعة دراهم دينارا، وآخرون يسمون ثمانية دراهم دينارا، فإذا استثنى أحدهما من الآخر، علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر، فإذا قال: له علي دينار إلا ثلاثة دراهم، في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة، كان معناه: له علي تسعة دراهم إلا ثلاثة.

ومتى أمكن حمل الكلام على وجه صحيح، لم يجز إلغاؤه، وقد أمكن بهذا الطريق، فوجب تصحيحه. وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما، فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها. وقد ذكرنا الفرق. ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر، أو يعلم قدره منه، ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك، والله

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٢/٥

أعلم.

[فصل ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس في الإقرار]

(٣٨٢١) فصل: ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من ذلك الجنس، مثل أن يقول: له علي عشرة آصع تمرا برنيا، إلا ثلاثة تمرا معقليا. لم يجز؛ لما ذكرناه في الفصل الأول. ويخالف العين والورق؛ لأن قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر، ولا يعبر بأحدهما عن الآخر. ويحتمل على قول الخرقي جوازه؛ لتقارب المقاصد من النوعين، فهما كالعين والورق. والأول أصح؛ لأن العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك.

[فصل الاستثناء في الإقرار]

(٣٨٢٢) فصل: فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه، فجائز بغير خلاف علمناه؛ فإن ذلك في كلام العرب، وقد جاء في الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت: ١٤] . وقال: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون﴾ [الحجر: ٣٠] ﴿إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣١] وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - في الشهيد: «يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين.» وهذا في الكتاب والسنة كثير، وفي سائر كلام العرب.

فإذا أقر بشيء، واستثنى منه، كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء، فإذا قال: له علي مائة إلا عشرة. كان مقرا بتسعين؛ لأن الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل، فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه، ولو أقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه إنكارها. وقول الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت: ١٤] . إخبار بتسعمائة وخمسين،". (١)

٤٩٦. ١٥٦-"وإن فسره بما لا يتمول عادة، كقشرة جوزة، أو قشرة باذنجانة، لم يقبل إقراره؛ لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته، وهذا لا يثبت في الذمة.

وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع، كالخمر والخنزير والميتة، لم يقبل. وإن فسره بكلب لا يجوز اقتناؤه، فكذلك. وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه، أو جلد ميتة غير مدبوغ، ففيه وجهان؛ أحدهما،

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٤/٥

يقبل؛ لأنه شيء يجب رده عليه، وتسليمه إليه، فالإيجاب يتناوله. والثاني، لا يقبل؛ لأن الإقرار إخبار عما يجب ضمانه، وهذا لا يجب ضمانه. وإن فسره بحبة حنطة أو شعير ونحوها، لم يقبل؛ لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده.

وإن فسره بحد قذف، قبل؛ لأنه حق يجب عليه. ويحتمل أن لا يقبل؛ لأنه لا يئول إلى مال. والأول أصح؛ لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال: هو علي. وإن فسره بحق شفعة، قبل؛ لأنه حق واجب، ويئول إلى المال. وإن فسره برد السلام، أو تشميت العاطس ونحوه، لم يقبل؛ لأنه يسقط بفواته، فلا يثبت في الذمة.

وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة. ويحتمل أن يقبل تفسيره به، إذا أراد أن حقا علي رد سلامه إذا سلم، وتشميته إذا عطس؛ لما روي في الخبر: «للمسلم على المسلم ثلاثون حقا: يرد سلامه، ويشمت عطسته، ويجيب دعوته. وذكر الحديث» .

وإن قال: غصبته شيئا. وفسره بما ليس بمال، قبل؛ لأن اسم الغصب يقع عليه. وإن قال: غصبته نفسه. لم يقبل؛ لأن الغصب لا يثبت عليه. وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة، أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل والموزون؛ لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه.

ولنا، أنه مملوك يدخل تحت العقد، فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار، كالمكيل والموزون، ولأنه يثبت في الذمة في الجملة، فصح التفسير كالمكيل، ولا عبرة بسبب ثبوته في الإقرار به، والإخبار عنه.

[فصل الإقرار بمال]

(٣٨٦٤) فصل: وإن أقر بمال، قبل تفسيره بقليل المال وكثيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي؛ لقول الله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم﴾ [التوبة: ١٠٣] . وقوله: ﴿وفي أموالهم حق﴾ [الذاريات: ١٩] .

وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه؛". (١)

٤٩٧. ١٥٧-"[فصل ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر]

(٣٨٩١) فصل: وإذا ثبت النسب بالإقرار، ثم أنكر المقر، لم يقبل إنكاره؛ لأنه نسب ثبت بحجة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٥

شرعية؛ فلم يزل بإنكاره، كما لو ثبت ببينة أو بالفراش، وسواء كان المقر به غير مكلف، أو مكلفا، فصدق المقر. ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه؛ لأنه ثبت باتفاقهما، فزال برجوعهما، كالمال.

والأول أصح؛ لأنه نسب ثبت بالإقرار، فأشبه نسب الصغير والمجنون. وفارق المال؛ لأن النسب يحتاط لإثباته.

[فصل أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب]

(٣٨٩٢) فصل: وإن أقرت المرأة بولد، ولم تكن ذات زوج ولا نسب، قبل إقرارها. وإن كانت ذات زوج، فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يقبل؛ لأن فيه حملا لنسب الولد على زوجها، ولم يقر به، أو إلحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره. والثانية: يقبل؛ لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه، فقبل كالرجل.

وقال أحمد، في رواية ابن منصور، في امرأة ادعت ولدا: فإن كان لها إخوة أو نسب معروف، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها، فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها، فمتى ادعت ولدا لا يعرفونه، فالظاهر كذبها. ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقا؛ لأن النسب يحتاط له، فأشبهت الرجل.

[فصل قدمت امرأة من بلد الروم ومعها طفل فأقر به رجل]

(٣٨٩٣) فصل: ولو قدمت امرأة من بلد الروم، ومعها طفل، فأقر به رجل، لحقه؛ لوجود الإمكان، وعدم المنازع، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم، أو دخلت هي دار الإسلام ووطئها، والنسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها، بعد عشرين سنة من غيبته، لحقه، وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عرف لها خروج من بلدها.

[فصل أقر بنسب صغير]

(٣٨٩٤) فصل: وإن أقر بنسب صغير، لم يكن مقرا بزوجية أمه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية، كان مقرا بزوجيتها؛ لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة، وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح. ولنا، أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا

مضمونه، فلم يكن مقرا بها، كما لو لم تكن معروفة". (١)

٤٩٨. ١٥٨-"الأجنبي الشركة. ويفارق الإقرار الشهادة؛ لقوة الإقرار، ولذلك لا تعتبر فيه العدالة. ولو أقر بشيء له فيه نفع، كالإقرار بنسب موسر، قبل. ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره، قبل فيما عليه دون ما له. كما لو قال لامرأته: خلعتك على ألف. بانت بإقراره، والقول قولها في نفي العوض. وإن قال لعبده: اشتريت نفسك مني بألف. فكذلك.

[فصل إقرار المريض بوارث]

(٣٩٠٧) فصل: ويصح إقرار المريض بوارث، في إحدى الروايتين. والأخرى، لا يصح؛ لأنه إقرار لوارث، فأشبه الإقرار له بمال. والأول **أصح**؛ لأنه عند الإقرار غير وارث، فصح.

كما لو لم يصر وارثا، ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقر لغير وارث، ثم صار وارثا، فمن صحح الإقرار ثم، صححه هاهنا، ومن أبطله، أبطله. وإن ملك ابن عمه، فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته، وهو أقرب عصبته، عتق، ولم يرثه؛ لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته، وإذا بطلت الحرية سقط الإرث، فصار توريثه سببا إلى إسقاط توريثه، فأسقطنا التوريث وحده. ويحتمل أن يرث؛ لأنه حين الإقرار غير وارث، فصح إقراره له، كالمسألة قبلها.

[فصل الإقرار من المريض بإحبال الأمة]

(٣٩٠٨) فصل: ويصح الإقرار من المريض بإحبال الأمة؛ لأنه يملك ذلك، فملك الإقرار به. وكذلك كل ما ملكه ملك الإقرار به. فإذا أقر بذلك، ثم مات، فإن بين أنه استولدها في ملكه، فولده حر الأصل، وأمه أم ولد، تعتق من رأس المال.

وإن قال: من نكاحه، أو وطء شبهة. لم تصر الأمة أم ولد وعتق الولد، فإن كان من نكاح فعليه الولاء؛ لأنه مسه رق، وإن قال: من وطء شبهة. لم تصر الأمة أم ولد. وإن لم يتبين السبب، فالأمة مملوكة؛ لأن الأصل الرق، ولم يثبت سبب الحرية. ويحتمل أن تصير أم ولد؛ لأن الظاهر استيلادها في ملكه، من قبل أنها مملوكته، والولادة موجودة، ولا ولاء على الولد؛ لأن الأصل عدمه، فلا يثبت إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٥٢

بدليل.

[فصل الألفاظ التي يثبت بها الإقرار]

(٣٩٠٩) فصل: في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار، إذا قال: له على ألف. أو قال له: لي عليك ألف؟ فقال: نعم، أو أجل، أو صدقت، أو لعمري، أو أنا مقر به، أو بما ادعيت، أو بدعواك. كان مقرا في جميع ذلك؛ لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق، قال الله تعالى: ﴿فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم﴾ [الأعراف: ٤٤] .

وإن قال: أليس لي عندك ألف؟ قال: بلى. كان إقرارا صحيحا؛ لأن بلى جواب للسؤال بحرف النفي،". (١)

٤٩٩. ١٥٩-"[فصل ولد العارية لا يجب ضمانه]

(٣٩١٤) فصل: فأما ولد العارية، فلا يجب ضمانه، في أحد الوجهين؛ لأنه لم يدخل في الإعارة، فلم يدخل في الضمان، ولا فائدة للمستعير فيه، فأشبه الوديعة، ويضمنه في الآخر؛ لأنه ولد عين مضمونة، فيضمن، كولد المغصوبة. والأول أصح؛ فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوبا. وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه. وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوبا، فلا أثر لكونه ولدا لها.

(٣٩١٥) فصل: ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، فإن لم تكن مثلية، ضمنها بقيمتها يوم تلفها، إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها، إن كانت قيمتها حينئذ أكثر، وإن كانت أقل، ضمنها بقيمتها يوم تلفها، على الوجهين جميعا.

[فصل إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير]

(٣٩١٦) فصل: وإن كانت العين باقية، فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها، ويبرأ ذلك من ضمانها. وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من ضمانها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة يبرأ؛ لأنها صارت كالمقبوضة، فإن رد العواري في العادة يكون إلى

(١) المغني لابن قدامة ١٦٠/٥

أملاك أربابها، فيكون مأذونا فيه من طريق العادة.

ولنا، أنه لم يردها إلى مالكها، ولا نائبه فيها، فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي. وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز، ولا تعرف العادة التي ذكرها. وإن ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه، كزوجته المتصرفة في ماله، ورد الدابة إلى سائسها، فقياس المذهب أنه يبرأ. قاله القاضي؛ لأن أحمد قال في الوديعة: إذا سلمها المودع إلى امرأته، لم يضمنها.

ولأنه مأذون في ذلك عرفا، أشبه ما لو أذن فيه نطقا. ومؤنة الرد على المستعير؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «العارية مؤداة» . وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه؛ إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره؛ لأن ما وجب رده، لزم رده إلى موضعه، كالمغصوب.

[فصل لا تصح العارية إلا من جائز التصرف]

فصل: (٣٩١٧) ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف؛ لأنه تصرف في المال، فأشبه التصرف بالبيع وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها، مثل قوله: أعرتك هذا. أو يدفع إليه شيئا، ويقول: أبحتك الانتفاع به. أو خذ هذا فانتفع به. أو يقول: أعرني هذا. أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه.". (١)

٥٠٠.   ١٦٠-"مال الغاصب، فلم يملك صاحب الأرض أخذه، كما لو وضع فيها أثاثا أو حيوانا. وإن طلب أخذه بقيمته، وأبي مالكه إلا القلع، فله القلع؛ لأنه ملكه، فملك نقله. ولا يجبر على أخذ القيمة؛ لأنها معاوضة، فلم يجبر عليها.

وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها، جاز؛ لأن الحق لهما، فجاز ما اتفقا عليه. وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض، ليتخلص من قلعه، وقبله المالك، جاز. وإن أبى قبوله، وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله؛ لما تقدم، وإن لم يكن فيه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله؛ لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت، ويحتمل أن لا يجبر؛ لأن فيه إجبارا على عقد يعتبر الرضى فيه.

وإن غصب أرضا وغراسا من رجل واحد، فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض. فإن طالبه المالك بقلعه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٦/٥

وفي قلعه غرض، أجبر على قلعه؛ لأنه فوت عليه غرضا مقصودا بالأرض، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الأرض، ونقصها، ونقص الغراس؛ لما ذكرنا. وإن لم يكن في قلعه غرض، لم يجبر على قلعه؛ لأنه سفه، فلا يجبر على السفه.
وقيل: يجبر؛ لأن المالك محكم في ملكه، والغاصب غير محكم، فإن أراد الغاصب قلعه، ومنعه المالك لم يملك قلعه؛ لأن الجميع ملك للمغصوب منه، فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه.

[فصل حكم البناء في الأرض المغصوبة]
(٣٩٣٦) فصل: والحكم فيما إذا بنى في الأرض، كالحكم فيما إذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه، إلا أنه يتخرج أنه إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء أجبر على قبولها، إذا لم يكن في النقض غرض صحيح؛ لأن النقض سفه. والأول أصح؛ لما روى الخلال، بإسناده عن الزهري، عن عروة، عن عائشة، قالت: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من بنى في رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقض» . ولأن ذلك معاوضة، فلا يجبر عليها. وإذا كانت الآلة من تراب الأرض وأحجارها، فليس للغاصب النقض، على ما ذكرنا في الغرس.

[فصل غصب دارا فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته]
(٣٩٣٧) فصل: وإن غصب دارا، فجصصها وزوقها وطالبه ربها بإزالته، وفي إزالته غرض، لزمه إزالته، وأرش نقصها إن نقصت، وإن لم يكن فيه غرض، فوهبه الغاصب لمالكها، أجبر على قبوله؛ لأن ذلك صفة في الدار، فأشبه قصارة الثوب. ويحتمل أن لا يجبر؛ لأنها أعيان متميزة، فصارت بمنزلة القماش. وإن طلب الغاصب قلعه، ومنعه المالك، وكان له قيمة بعد الكشط، فللغاصب قلعه، كما يملك قلع غراسه، سواء بذل له المالك قيمته، أو لم يبذل. وإن لم يكن له قيمة، ففيه وجهان؛". (١)

٥٠١. ١٦١-"والرواية الثانية، أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذر، ومؤنة الزرع في الحرث والسقي، وغيره. وهذا الذي ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث، لقوله – عليه السلام – " عليه نفقته ". وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨١/٥

والحديث، مبني على هذه المسألة؛ فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانا، على خلاف القياس، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء عين ماله، فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له. أو طعاما فعلفه دواب له، كان النماء له. وقد صرح به أحمد فقال: هذا شيء لا يوافق القياس، أستحسن أن يدفع إليه نفقته؛ للأثر. ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له، وإذا كان العمل بالحديث، فيجب أن يتبع مدلوله.

(٣٩٥١) فصل: فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض، ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والنعناع، احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا؛ لدخوله في عموم الزرع، لأنه ليس له فرع قوي، فأشبه الحنطة والشعير. واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس؛ لبقاء أصله وتكرر أخذه، ولأن القياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس، وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر، ففيما عداه يبقى على قضية القياس.

[فصل غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها]

(٣٩٥٢) فصل: وإن غصب أرضا فغرسها فأثمرت، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها، فهي له. وإن أدركها والثمرة فيها، فكذلك؛ لأنها ثمرة شجره، فكانت له، كما لو كانت في أرضه، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب، فكان له، كأغصانها وورقها. ولبن الشاة وولدها. وقال القاضي: هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس؛ لأن أحمد قال، في رواية علي بن سعيد: إذا غصب أرضا فغرسها، فالنماء لمالك الأرض.

قال القاضي: وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة؛ لأن الثمرة في معنى الزرع فكانت لصاحب الأرض إذا أدركه قائما فيها، كالزرع. والأول أصح؛ لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق القياس، وإنما صار إليه للأثر، فيختص الحكم به، ولا يعدى إلى غيره، ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين؛ أحدهما، أن الزرع نماء الأرض، فكان لصاحبها، والثمرة نماء الشجر. فكان لصاحبه. الثاني، أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه، مثل البذر الذي نبت منه الزرع، مع ما أنفق عليه، ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ١٩٠/٥

٥٠٢. ١٦٢-"[مسألة الغاصب للجارية باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم]

(٣٩٧٠) مسألة قال: (وإن كان الغاصب باعها، فوطئها المشتري، وأولدها، وهو لا يعلم، ردت الجارية إلى سيدها، ومهر مثلها، وفدى أولاده بمثلهم، وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب) وجملة ذلك، أن الغاصب إذا باع الجارية، فبيعه فاسد؛ لأنه يبيع مال غيره بغير إذنه. وفيه رواية أخرى، أنه يصح، ويقف على إجازة المالك.

وقد ذكرنا ذلك في البيع. وفيه رواية ثالثة، أن البيع يصح، وينفذ، لأن الغصب في الظاهر تتطاول مدته، فلو لم يصح تصرف الغاصب، أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري؛ لأن المالك لا يملك ثمنها، والمشتري لا يملكها. والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب، إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة، قبل منه، بخلاف الغاصب، فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه. ويجب رد الجارية إلى سيدها، وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها؛ لأن الغاصب أخذها بغير حق، وقد قال النبي: - صلى الله عليه وسلم - «على اليد ما أخذت حتى ترده» .

والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضا، فيدخل في عموم الخبر، ولأن مال غيره في يده. وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى. ويلزم المشتري المهر؛ لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح، وعليه أرش البكارة، ونقص الولادة. وإن ولدت منه، فالولد حر؛ لاعتقاده أنه يطأ مملوكته، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقا، ويلحقه نسبه، وعليه فداؤهم؛ لأنه فوت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء.

وهذا الصحيح في المذهب، وعليه **الأصحاب**. وقد نقل ابن منصور، عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده، وليس للسيد بدلهم؛ لأنهم كانوا في حال العلوق أحرارا، ولم يكن لهم قيمة حينئذ. قال الخلال أحسبه قولا لأبي عبد الله أول، والذي أذهب إليه أنه يفديهم. وقد نقله ابن منصور أيضا، وجعفر بن محمد، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة؛ لأن ولد المغصوبة لا يضمنه عنده إلا بالمنع، وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى، أنه يحدث مضمونا، فيقوم يوم وضعه؛ لأنه أول حال أمكن تقويمه. واختلف أصحابنا فيما يفديهم به، فنقل الخرقي هاهنا أنه يفديهم بمثلهم. والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن، والصفات، والجنس، والذكورية والأنوثية، وقد نص عليه أحمد وقال أبو بكر عبد العزيز: يفديهم بمثلهم في القيمة. وعن أحمد رواية ثالثة، أنه يفديهم بقيمتهم. وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو

أصح إن شاء الله تعالى؛ لأن الحيوان ليس بمثلي، فيضمن بقيمته". (١)

٥٠٣. ١٦٣-"الثاني، أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ؛ لأن الصفقة تفرقت عليه، وللشفيع أخذ ما صح البيع فيه.

وإنما قلنا بالصحة؛ لأن البطلان إنما جاء من المحاباة، فاختص بما قابلها. الوجه الثالث، أنه يصح في الجميع، ويقف على إجازة الورثة، لأن الوصية للوارث صحيحة، في أصح الروايتين، وتقف على إجازة الورثة، فكذلك المحاباة له، فإن أجازوا المحاباة، صح البيع في الجميع، ولا خيار للمشتري، ويملك الشفيع الأخذ به؛ لأنه يأخذ بالثمن، وإن ردوا، بطل البيع في قدر المحاباة، وصح فيما بقي.

ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة أو ردهم؛ لأن حقهم متعلق بالمبيع، فلم يملك إبطاله، وله أخذ ما صح البيع فيه. وإن اختار المشتري الرد في هذه الصورة، وفي التي قبلها، واختار الشفيع الأخذ بالشفعة، قدم الشفيع؛ لأنه لا ضرر على المشتري، ويجري مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه. القسم الثاني، إذا كان المشتري أجنبيا، والشفيع أجنبي، فإن لم تزد المحاباة على الثلث، صح البيع، وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن؛ لأن البيع حصل به، فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصا، وإن زادت على الثلث، فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث.

وإن كان الشفيع وارثا، ففيه وجهان؛ أحدهما، له الأخذ بالشفعة؛ لأن المحاباة وقعت لغيره، فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها، كما لو وهب غريم وارثه مالا، فأخذه الوارث. والثاني، يصح البيع، ولا تجب الشفعة. وهو قول أصحاب أبي حنيفة؛ لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلا إلى إثبات حق لوارثه في المحاباة، ويفارق الهبة لغريم الوارث؛ لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة، وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه، فافترقا.

ولأصحابالشافعي في هذا خمسة أوجه، وجهان كهذين. والثالث، أن البيع باطل من أصله؛ لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث. وهذا فاسد؛ لأن الشفعة فرع للبيع. ولا يبطل الأصل ببطلان فرع له وعلى الوجه الأول، ما حصلت للوارث بالمحاباة، إنما حصلت لغيره، ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشتري، فأشبه هبة غريم الوارث.

الوجه الرابع، أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن، بمنزلة هبة المقابل للمحاباة؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠١/٥

لأن المحاباة بالنصف مثلا هبة للنصف. وهذا لا يصح؛ لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف، ما كان للشفيع الأجنبي أخذ الكل، لأن الموهوب لا شفعة فيه.". (١)

٥٠٤. ١٦٤-"فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وإن طالت

وقد قيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة. وهذا تحكم، وتوقيت لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع. فأما أقل المدة، فيتقدر بمدة تكمل الثمرة فيها، فلا يجوز على أقل منها؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، ولا يوجد في أقل من هذه المدة.

فإن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة، فالمساقاة فاسدة. فإذا عمل فيها، فظهرت الثمرة ولم تكمل، فله أجر مثله، في أحد الوجهين، وفي الآخر، لا شيء له؛ لأنه رضي بالعمل بغير عوض، فهو كالمتبرع والأول أصح؛ لأن هذا لم يرض إلا بعوض، وهو جزء من الثمرة، وذلك الجزء موجود، غير أنه لا يمكن تسليمه إليه، فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه إليه، كان له أجر مثله، كما في الإجارة الفاسدة. وفارق المتبرع؛ فإنه رضي بغير شيء. وإن لم تظهر الثمرة فلا شيء له، في أصح الوجهين؛ لأنه رضي بالعمل بغير عوض. وإن ساقاه إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالبا، فلم يحمل تلك السنة، فلا شيء للعامل؛ لأنه عقد صحيح، لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه، فأشبه المضاربة إذا لم يربح فيها

وإن ظهرت الثمرة، ولم تكمل، فله نصيبه منها، وعليه إتمام العمل فيها، كما لو انفسخت قبل كمالها. وإن ساقاه إلى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة. ويحتمل أن لا يكون، ففي صحة المساقاة وجهان: أحدهما تصح؛ لأن الشجر يحتمل أن يحمل، ويحتمل أن لا يحمل، والمساقاة جائزة فيه. والثاني لا يصح؛ لأنه عقد على معدوم، ليس الغالب وجوده، فلم تصح، كالسلم في مثل ذلك، ولأن ذلك غرر أمكن التحرز عنه، فلم يجز العقد معه، كما لو شرط ثمر نخلة بعينها. وفارق ما إذا شرط مدة تكمل فيها الثمرة، فإن الغالب أن الشجر يحمل، واحتمال أن لا يحمل نادر، لم يمكن التحرز عنه

فإن قلنا: العقد صحيح. فله حصته من الثمر. فإن لم يحمل، فلا شيء له. وإن قلنا: هو فاسد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٣٨

استحق أجر المثل، سواء حمل أو لم يحمل؛ لأنه لم يرض بغير عوض، ولم يسلم له العوض، فكان له العوض، وجها واحدا، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالبا. ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل، فله حقه منها إذا قلنا بصحة العقد، وإن خرجت بعده، فلا حق له فيها. ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا.

[فصل لا يثبت في المساقاة خيار الشرط]
(٤١٢٥) فصل: ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط؛ لأنها إن كانت جائزة. فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وإن كانت لازمة، فإذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه، وهو العمل فيها. وأما خيار المجلس فلا يثبت إن كانت جائزة؛ لما تقدم. وإن كانت لازمة، فعلى وجهين". (١)

٥٠٥. ١٦٥-"والعمل. وإن قال صاحب الأرض لرجل: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي، ويكون سقيها من مائك، والزرع بيننا. ففيها روايتان:
إحداهما لا يصح. اختارها القاضي؛ لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل، وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر، لأن الماء لا يباع ولا يستأجر، فكيف تصح المزارعة به؟
والثانية، يصح
اختارها أبو بكر، ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان، وحرب؛ لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع، فجاز أن يكون من أحدهما، كالأرض والعمل. والأول أصح؛ لأن هذا ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص؛ لما ذكرناه.

[فصل اشترك ثلاثة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل]
(٤١٤٩) فصل: وإن اشترك ثلاثة، من أحدهم الأرض، ومن الآخر البذر، ومن الآخر البقر والعمل، على أن ما رزق الله بينهم فعملوا، فهذا عقد فاسد، نص عليه في رواية أبي داود، ومهنا، وأحمد بن القاسم، وذكر حديث مجاهد «، في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠١/٥

– فقال أحدهم: علي الفدان. وقال الآخر: قبلي الأرض. وقال الآخر: قبلي البذر. وقال الآخر: قبلي العمل. فجعل النبي – صلى الله عليه وسلم – الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما، ولصاحب الفدان شيئا معلوما» .

فقال أحمد: لا يصح، والعمل على غيره. وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور، عن الوليد بن مسلم، عن الأوزاعي، وعن واصل بن أبي جميل، عن مجاهد، وقال في آخره: فحدثت به مكحولا، فقال: ما يسرني بهذا الحديث وصيفا. وحكم هذه المسألة حكم المسألة التي ذكرناها في صدر الفصل، وهما فاسدان؛ لأن موضوع المزارعة على أن البذر من رب الأرض، أو من العامل، وليس هو ها هنا من واحد منهما

وليست شركة؛ لأن الشركة تكون بالأثمان، وإن كانت بالعروض، اعتبر كونها معلومة، ولم يوجد شيء من ذلك ها هنا. وليست إجارة؛ لأن الإجارة تفتقر إلى مدة معلومة، وعوض معلوم. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحابالرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء ماله، ولصاحبيه عليه أجر مثلهما؛ لأنهما دخلا على أن يسلم لهما المسمى، فإذا لم يسلم، عاد إلى بدله. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور.". (١)

٥٠٦. ١٦٦–"فعلى هذا، إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة، لم يلزمه العمل في بقيتها؛ لأنه وفى ما عليه قبل مدته، فلم يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل، فللمستأجر فسخ الإجارة؛ لأن الأجير لم يف له بشرطه. وإن رضي بالبقاء عليه، لم يملك الأجير الفسخ، لأن الإخلال بالشرط منه، فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ، كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته، لم يملك المسلم إليه الفسخ، ويملكه المسلم

فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير،، كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده. لم يكن له أكثر من المسلم فيه. وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل، سقط الأجر والعمل. وإن كان بعد عمل شيء منه، فله أجر مثله؛ لأن العقد قد انفسخ، فسقط المسمى، ورجع إلى أجر المثل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٧/٥

[فصل اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس]

(٤١٥٩) فصل: ومن اكترى دابة إلى العشاء، فآخر المدة إلى غروب الشمس. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة، وأبو ثور: آخرها زوال الشمس؛ لأن العشاء آخر النهار، وآخر النهار النصف الآخر من الزوال، ولذلك جاء في حديث ذي اليدين، عن «أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: صلى بنا النبي - صلى الله عليه وسلم - إحدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر» . هكذا تفسيره. ولنا قول الله تعالى: ﴿ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم﴾ [النور: ٥٨] يعني العتمة. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل»

وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس، لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة، فدل على أن الأولى المغرب، وهو في العرف كذلك، فوجب أن يتعلق الحكم به؛ لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله، كما لو جعلها إلى الليل. وما ذكروه لا يصح؛ لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر، حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد. ثم لو ثبت أن معناهما واحد، غير أن أهل العرف لا يعرفونه، فلا يتعلق به حكم. وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشي؛ لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه

وإن اكتراها إلى الليل، فهو إلى أوله، وكذلك إن اكتراها إلى النهار، فهو إلى أوله. ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى، والنهار في الثانية؛ لما ذكرناه في مدة الخيار، والأول **أصح**. وإن اكتراها نهارا فهو إلى غروب الشمس. وإن اكتراها ليلة، فهي إلى طلوع الفجر، في قول". (١)

٥٠٧. ١٦٧-"يستقر بدلها قبل استيفائها، كالأجر للأجير المشترك. فإن بذل تسليم العين، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه؛ لأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة، فاستقر عليه الأجر، كما لو كانت في يده

وإن بذل تسليم العين، وكانت الإجارة على عمل، فقال أصحابنا : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها، استقر عليه الأجر. وبهذا قال الشافعي؛ لأن المنافع تلفت باختياره. وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه. وهو **أصح** عندي؛ لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يستقر عوضه ببذل التسليم، كالمسلم فيه، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن، فلم يستقر عوضها بالبذل، كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٦

وامتنع الزوج من أخذها

وإن كان هذا في إجارة فاسدة، ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه؛ لأنها لم تتلف تحت يده، ولا في ملكه. وإن قبضها، ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن، فعن أحمد روايتان إحداهما عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده، وهو قول الشافعي؛ لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له، فرجع إلى قيمتها، كما لو استوفاها. والثانية، لا شيء له. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه عوضها، كالنكاح الفاسد، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد، فعليه أجر المثل. وبه قال مالك، والشافعي

وقال أبو حنيفة: يجب أقل الأمرين، من المسمى أو أجر المثل، بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد. ولنا أن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد، كالأعيان. وما ذكره لا نسلمه. والله أعلم.

[مسألة إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم]

(٤١٦٩) مسألة قال: (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم، لم يكن لواحد منهما الفسخ، إلا عند تقضي كل شهر) . وجملة ذلك أنه إذا قال: أجرتك هذا كل شهر بدرهم. فاختلف أصحابنا ، فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة. وهو المنصوص عن أحمد، في رواية ابن منصور، واختيار الخرقي، إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد؛ لأنه معلوم يلي العقد، وله أجر معلوم، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به، وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار؛ لأنه مجهول حال العقد.

فإذا تلبس به، تعين بالدخول فيه، فصح بالعقد الأول، وإن لم يتلبس به، أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ. وكذلك حكم كل شهر يأتي. وهذا مذهب أبي ثور، وأصحابالرأي. وحكي عن مالك نحو هذا، إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده؛ لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر، فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٣٣١/٥

٥٠٨. ١٦٨-"الشتاء أكثر من أجرها في الصيف، وأرض أجرها في الصيف أكثر من الشتاء، أو دار لها موسم، كدور مكة، رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع. وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة، كبعير استأجره على حمل شيء إلى مكان معين، وكانت متساوية الأجزاء أو مختلفة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

[فصل أن يحدث على العين المؤجرة ما يمنع نفعها]

(٤١٧٩) فصل: القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها، كدار انهدمت، وأرض غرقت، أو انقطع ماؤها، فهذه ينظر فيها؛ فإن لم يبق فيها نفع أصلا، فهي كالتالفة سواء، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له، مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها، أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع، أو صيد السمك من الأرض التي غرقت، انفسخت الإجارة أيضا؛ لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت، فانفسخت الإجارة، كما لو استأجر دابة ليركبها، فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى. وقال القاضي، في الأرض التي ينقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة فيها

وهو منصوص الشافعي؛ لأن المنفعة لم تبطل جملة؛ لأنه يمكن الانتفاع بعرصة الأرض بنصب خيمة، أو جمع حطب فيها، فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه. فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء؛ فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات، وإن اختار إمضاء العقد، فعليه جميع الأجر؛ لأن ذلك عيب، فإذا رضي به، سقط حكمه. فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء، إما لجهله بأن له الفسخ، أو لغير ذلك، فله الفسخ بعد ذلك. والأول أصح، لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه، كما في البيع

ولو كان النفع الباقي في الأعيان مما لا يباح استيفاؤه بالعقد، كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل، أو بالعكس، انفسخ العقد. وجها واحدا؛ لأن المنفعة الباقية لا يملك استيفاؤها مع سلامتها، فلا يملكها مع تعيبها كبيعها. وأما إن أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له، على نعت من القصور، مثل أن يمكنه زرع الأرض بغير ماء، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع، أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار، إما في خيمة أو غيرها، لم تنفسخ الإجارة؛ لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية، فأشبه ما لو تعيبت، وللمستأجر خيار

الفسخ على ما ذكرنا، إلا في الدار إذا انهدمت، فإن فيها وجهين". (١)

٥٠٩. ١٦٩-"[فصل شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا بمن هو دونه]

فصل: فإن شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله، ولا بمن هو دونه، فقياس قول أصحابنا صحة العقد، وبطلان الشرط، فإن القاضي قال فيمن شرط أن يزرع في الأرض حنطة، ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط، ويصح العقد. ويحتمل أن يصح الشرط. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر، فلا يملك ما لم يرض به، ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة، وقالوا في الوجه الآخر: يبطل الشرط

لأنه ينافي موجب العقد، إذ موجبه ملك المنفعة، والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنفسه، وبعضها بنائبه، والشرط ينافي ذلك، فكان باطلا. وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أصحهما، لا يبطله، لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرا، فألغي، وبقي العقد على مقتضاه. والآخر يبطله؛ لأنه ينافي مقتضاه، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع.

[فصل للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها]

(٤٢١٤) فصل: ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها. نص عليه أحمد. وهو قول سعيد بن المسيب، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، والنخعي، والشعبي، والثوري، والشافعي وأصحابالرأي. وذكر القاضي فيه رواية أخرى، أنه لا يجوز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ربح ما لم يضمن

والمنافع لم تدخل في ضمانه. ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه. والأول أصح؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها، كبيع الثمرة على الشجرة. ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل. إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه، أو دونه في الضرر؛ لما تقدم. فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر، في أحد الوجهين

وهذا قول أبي حنيفة، والمشهور من قولي الشافعي؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة، فاعتبر في جواز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٣٧

العقد عليها القبض، كالأعيان. والآخر، يجوز، وهو قول بعض الشافعية؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف عليه. فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر، فإذا قلنا: لا يجوز من غير المؤجر كان فيها هاهنا وجهان أحدهما لا يجوز؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها". (١)

٥١٠. ١٧٠-"والثاني له بحصته من المسمى، كمن استؤجر على ضرب لبن فضرب بعضه

ويحتمل أنه إن جاء به ناقصا في العرض، فلا شيء له، وإن كان ناقصا في الطول، فله بحصته من المسمى؛ لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض. وإن جاء به زائدا في أحدهما، ناقصا في الآخر، فلا أجر له في الزائد، وهو في الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه. وقال محمد بن الحسن في الموضعين: يخير صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النساج ومطالبته بثمن غزله، وبين أن يأخذه ويدفع إليه المسمى في الزائد، أو بحصة المنسوج في الناقص؛ لأن غرضه لم يسلم له، لأنه ينتفع بالطويل ما لا ينتفع بالقصير، وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل، فكأنه أتلف عليه غزله

ولنا أنه وجد عين ماله، فلم يكن له المطالبة بعوضه، كما لو جاء به زائدا في الطول وحده. فأما إن أثرت الزيادة أو النقص في الأصل، مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرع ليكون الثوب خفيفا، فنسجه خمسة عشر، فصار صفيقا، أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقا، فنسجه عشرة، فصار خفيفا، فلا أجر له بحال، وعليه ضمان نقص الغزل؛ لأنه لم يأت بشيء مما أمر به.

[فصل دفع إلى خياط ثوبا فقال إن كان يقطع قميصا فاقطعه فقال هو يقطع وقطعه فلم يكف]

(٤٢٨٢) فصل: إذا دفع إلى خياط ثوبا، فقال: إن كان يقطع قميصا فاقطعه. فقال: هو يقطع. وقطعه، فلم يكف، فعليه ضمانه. وإن قال: انظر هذا يكفيني قميصا؟ قال: نعم. قال: اقطعه. فقطعه، فلم يكفه، لم يضمن. وبهذا قال الشافعي، وأصحابالرأي. وقال أبو ثور: لا ضمان عليه في المسألتين؛ لأنه لو كان غره في الأولى، لكان قد غره في الثانية

ولنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته، فقطعه بدون شرطه، وفي الثانية أذن له من غير شرط، فافترقا، ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغريره، بل لعدم الإذن في قطعه؛ لأن إذنه مقيد بشرط كفايته، فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط، بخلاف الثانية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٤/٥

[فصل أمره أن يقطع الثوب قميص رجل فقطعه قميص امرأة]

(٤٢٨٣) فصل: فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل، فقطعه قميص امرأة، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا؛ لأن هذا قطع غير مأذون فيه، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن. وقيل: يغرم ما بين قميص امرأة وقميص رجل؛ لأنه مأذون في قميص في الجملة. والأول أصح؛ لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة، فإذا قطع قميصا غيره، لم يكن فاعلا لما أذن فيه، فكان متعديا بابتداء القطع، ولذلك لا يستحق على القطع أجرا، ولو فعل ما أمر به، لاستحق أجره.". (١)

٥١١. ١٧١-"ما هو مثلها في الضرر، أو أدنى منها، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي، ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه وإن لم يرع. ويفارق الثوب في الخياطة؛ لأن الثياب في مظنة الاختلاف، في سهولة خياطتها ومشقتها، بخلاف الرعي

فعلى هذا، له إبدالها بمثلها. وإن تلف بعضها، لم ينفسخ العقد فيه، وكان له إبداله. وإن وقع العقد على موصوف في الذمة، فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه، إبلا، أو بقرا، أو غنما، أو ضأنا، أو معزا. وإن أطلق ذكر البقر والإبل، لم يتناول الجواميس والبخاتي؛ لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفا. وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم، احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها، كالغنم؛ لأن كل نوع له أثر في إتعاب الراعي، ويذكر الكبر والصغر، فيقول: كبارا أو سخالا، أو عجاجيل أو فصلانا، إلا أن يكون ثم قرينة، أو عرف صارف إلى بعضها، فيغني عن الذكر

وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة، لم يجب عليه رعي زيادة عليها، لا من سخالها ولا من غيرها. وإن أطلق العقد ولم يذكر عددا، لم يجز. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال القاضي: يصح، ويحمل على ما جرت به العادة، كالمائة من الغنم ونحوها. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. والأول أصح؛ لأن العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيرا، إذ العمل يختلف باختلافه.

[فصل ما تجوز إجارته]

(٤٣٠٥) فصل: فيما تجوز إجارته، تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة، مع بقائها

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٢

بحكم الأصل، كالأرض، والدار، والعبد، والبهيمة، والثياب، والفساطيط، والحبال، والخيام، والمحامل، والسرج، واللجام، والسيف، والرمح، وأشباه ذلك. وقد ذكرنا كثيرا مما تجوز إجارته في مواضعه. وتجوز إجارة الحلي. نص عليه أحمد، في رواية ابنه عبد الله. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحابالرأي

وروي عن أحمد، أنه قال في إجارة الحلي: ما أدري ما هو؟ قال القاضي: هذا محمول على إجارته بأجرة من جنسه، فأما بغير جنسه، فلا بأس به، لتصريح أحمد بجوازه. وقال مالك، في إجارة الحلي والثياب: هو من المشتبهات. ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة، وليس ذلك من المقاصد الأصلية. ومن منع ذلك بأجر من جنسه، فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال، فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة، فيحصل الأجر في مقابلتها، ومقابلة الانتفاع بها، فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر. ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة، مع بقاء عينها، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية؛ فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى: ﴿لتركبوها وزينة﴾ [النحل: ٨] وقال تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾ [الأعراف: ٣٢]

وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال، لحاجتهن إلى التزين للأزواج، وأسقط الزكاة عن حليهن". (١)

٥١٢. ١٧٢-"معونة لهن على اقتنائه. وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح؛ لأن ذلك يسير، لا يقابل بعوض، ولا يكاد يظهر في وزن، ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع، لا في مقابلة الأجزاء؛ لأن الأجر في الإجارة، إنما هو عوض المنفعة، كما في سائر المواضع، ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب، لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر؛ لإفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض. والله أعلم.

[فصل إجارة الدراهم والدنانير]

(٤٣٠٦) فصل: وتجوز إجارة الدراهم والدنانير، للوزن والتحلي، في مدة معلومة. وبه قال أبو حنيفة. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر، أنها لا تجوز إجارتها؛ لأن هذه المنفعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٣/٥

ليست المقصودة منها، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها، فأشبهت الشمع. ولنا أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة، فأشبهت الحلي، وفارقت الشمع؛ فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه.

إذا ثبت هذا، فإنه إن ذكر ما يستأجره له، وعينه، فحسن، وإن أطلق الإجارة، فقال أبو الخطاب: تصح الإجارة، وينتفع بها فيما شاء منهما؛ لأن منفعتهما في الإجارة متعينة في التحلي والوزن، وهما متقاربان، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما، كاستئجار الدار مطلقا، فإنه يتناول السكنى، ووضع المتاع فيها. وقال القاضي: لا تصح الإجارة، وتكون قرضا. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأن الإجارة تقتضي الانتفاع، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها، فإذا أطلق الانتفاع، حمل على الانتفاع المعتاد

وقال أصحاب الشافعي: لا تصح الإجارة، ولا تكون قرضا؛ لأن التحلي ينقصها، والوزن لا ينقصها، فقد اختلفت جهة الانتفاع، فلم يجز إطلاقها. ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض؛ لأن القرض تمليك للغير، والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين، فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر. ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلا، ولم يعهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض. وقول أبي الخطاب **أصح**، إن شاء الله تعالى؛ لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة، كان أولى من إفساده، وقد أمكن حمله على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها

وقول القاضي لا يصح؛ لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين، فلا تحمل على غير ذلك. وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد؛ فإن ذلك يسير لا أثر له، فوجوده كعدمه.

[فصل استأجر شجرا ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها]

(٤٣٠٧) فصل: ويجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا، ليجفف عليها الثياب، أو يبسطها عليها ليستظل بظلها، ولأصحابالشافعي في ذلك وجهان؛ لما ذكروه في الأثمان.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٤

٥١٣. ١٧٣-"لأن أبا هريرة روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «حريم البئر أربعون ذراعا لأعطان الإبل والغنم» وعن الشعبي مثله، رواه أبو عبيد.

ولنا ما روى الدارقطني والخلال، بإسنادهما عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا، وحريم البئر العادي خمسون ذراعا» وهذا نص. وروى أبو عبيد، بإسناده عن يحي بن سعيد الأنصاري، أنه قال: السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا، والبدي خمس وعشرون ذراعا

وبإسناده عن سعيد بن المسيب، قال: حريم البئر البدي خمس وعشرون ذراعا من نواحيها كلها، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها، وحريم البئر العادية خمسون ذراعا من نواحيها كلها. ولأنه معنى يملك به الموات، فلا يقف على قدر الحاجة، كالحائط. ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء، فإنه يحتاج إلى ما حولها عطنا لإبله، وموقفا لدوابه وغنمه، وموضعا يجعل فيه أحواضا يسقي منها ماشيته، وموقفا لدابته التي يستقي عليها

وأشباه ذلك، فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء، وأما حديث أبي حنيفة، فحديثنا **أصح** منه، ورواهما أبو هريرة، فيدل على ضعفه. إذا ثبت هذا، فظاهر كلام الخرقي أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر. وعند الشافعي، والقاضي، ليس بمملوك. وقد سبق ذكر هذا.

(٤٣٦٢) فصل: ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وإن لم يصل إلى الماء، فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء، على ما قدمناه

ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها، فاستخرجه، ليكون ذلك إحياء لها. وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون، فليس لأحد احتجاره ومنعه؛ لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة، التي يرتفق بها الناس، وهكذا العيون النابعة، ليس لأحد أن يختص بها. ولو حفر رجل بئرا للمسلمين ينتفعون بها، أو لينتفع هو بها مدة إقامته عندها ثم يتركها، لم يملكها، وكان له الانتفاع بها.

فإذا تركها صارت للمسلمين كلهم، كالمعادن الظاهرة، وما دام مقيما عندها فهو أحق بها؛ لأنه سابق إليها، فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٩/٥

٥١٤. ١٧٤-"ولنا أنه يصح بيعها، كذلك يصح وقفه، كالدار جميعها، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف، فجاز فيما ذكرنا كالبيع.

[فصل جعل وسط داره مسجدا ولم يذكر الاستطراق]

(٤٣٨٠) فصل: وإن جعل وسط داره مسجدا، ولم يذكر الاستطراق، صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق. ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع، من ضرورته الاستطراق، فصح، وإن لم يذكر الاستطراق، كما لو أجر بيتا من داره.

[فصل وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده]

(٤٣٨١) فصل: إذا وقف على نفسه، ثم على المساكين، أو على ولده، ففيه روايتان إحداهما، لا يصح؛ فإنه قال، في رواية أبي طالب، وقد سئل عن هذا، فقال: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله، وفي سبيل الله، فإذا وقفه عليه حتى يموت، فلا أعرفه. فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا. وهل يبطل الوقف على من بعده؟ على وجهين، بناء على الوقف المنقطع الابتداء. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه، كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك، فلم يصح ذلك، كما لو أفرده بأن يقول: لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه

ونقل جماعة أن الوقف صحيح، اختاره ابن أبي موسى. قال ابن عقيل: وهي **أصح**. وهو قول ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي يوسف، وابن سريج؛ لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه، ولأنه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به، كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه، والأول أقيس.

[مسألة وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم]

(٤٣٨٢) مسألة؛ قال: (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية، إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم) في هذه المسألة فصول أربعة: (٤٣٨٣) الأول: أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم، كان الوقف بين القوم وأولادهم، ومن حدث من نسلهم، على سبيل الاشتراك، إن لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا؛ لأن الواو تقتضي الاشتراك، فإذا اجتمعوا اشتركوا، ولم يقدم بعضهم على بعض، ويشارك الآخر الأول، وإن كان من البطن العاشر، وإذا حدث

حمل لم يشارك حتى ينفصل؛ لأنه يحتمل أن لا يكون حملا، فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله.".
(١)

٥١٥. ١٧٥-"الوقف، ولم يجز بيعه؛ لأن الأصل تحريم، البيع، وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع، مع إمكان تحصيله، ومع الانتفاع، وإن قل ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعا، فيكون وجود ذلك كالعدم.

[فصل في جعل مسجد سقاية وحوانيت]
(٤٤١٤) فصل: قال أحمد، في رواية أبي داود، في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض، ويجعل تحته سقاية وحوانيت، فامتنع بعضهم من ذلك: فينظر إلى قول أكثرهم. واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد، فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله إنشاءه ابتداء، واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجدا قبل بنائه تجوزا؛ لأن مآله إليه، أما بعد كونه مسجدا لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت
وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ، وهو أنه كان مسجدا، فأراد أهله رفعه، وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك. والأول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر؛ فإن المسجد لا يجوز نقله، وإبداله، وبيع ساحته، وجعلها سقاية وحوانيت، إلا عند تعذر الانتفاع به والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد، فلا يجوز صرفه في ذلك، ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة، لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجدا في موضع آخر
قال أحمد، في رواية بكر بن محمد، عن أبيه، في مسجد ليس بحصين من الكلاب، وله منارة، فرخص في نقضها، وبناء حائط المسجد بها
للمصلحة.

[فصل لا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة]
(٤٤١٥) فصل: ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة. نص عليه أحمد، وقال: إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجدا، فهذه غرست بغير حق، فلا أحب الأكل منها، ولو قلعها الإمام لجاز؛ وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا، وإنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القران، ولأن الشجرة تؤذي المسجد

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٦

وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها، ويسقط ورقها في المسجد وثمرها، وتسقط عليها العصافير والطير فتبول في المسجد، وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها، ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها فأما إن كانت النخلة في أرض، فجعلها صاحبها مسجدا والنخلة فيها فلا بأس. قال أحمد في موضع: لا بأس. يعني أن يبيعها من الجيران. وقال في رواية أبي طالب، في النبقة: لا تباع، وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها. وذلك – والله أعلم –، لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجدا والنخلة فيها، فقد وقف الأرض والنخلة معها، ولم يعين مصرفها، فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف، وقد ذكرنا فيه في إحدى الروايات، أنه للمساكين. فأما إن قال صاحبها: هذه وقف على المسجد فينبغي أن يباع ثمرها، ويصرف إليه، كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره. قال أبو الخطاب: عندي أن المسجد إذا احتاج إلى". (١)

٥١٦. ١٧٦-"كبناء المساجد والقناطر، وكتب الفقه والعلم والقرآن، والمقابر، والسقايات وسبيل الله، ولا يصلح على غير معين، كرجل وامرأة؛ لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة، فلا يصح على غير معين، كالبيع والإجارة، ولا على معصية كبيت النار، والبيع والكنائس، وكتب التوراة والإنجيل؛ لأن ذلك معصية، فإن هذه المواضع بنيت للكفر.

وهذه الكتب مبدلة منسوخة، ولذلك غضب النبي – صلى الله عليه وسلم – حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة، وقال: «أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخي حيا ما وسعه إلا اتباعي» . ولولا أن ذلك معصية ما غضب منه.

والوقف على قناديل البيعة وفرشها ومن يخدمها ويعمرها، كالوقف عليها؛ لأنه يراد لتعظيمها. وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا

قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة، وماتوا ولهم أبناء نصارى، فأسلموا والضياع بيد النصارى: فلهم أخذها، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم. وهذا مذهب الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ وذلك لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه، لا يصح من الذمي، كالوقف على غير معين. فإن قيل: فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقودا فاسدة، وتقابضوا، ثم أسلموا وترافعوا إلينا، لم ننقض ما فعلوه، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا: الوقف ليس بعقد

(١) المغني لابن قدامة ٣٠/٦

معاوضة، وإنما هو إزالة للملك في الموقوف على وجه القربة، فإذا لم يقع صحيحا، لم يزل الملك، فيبقى بحاله كالعتق

وقد روي عن أحمد – رحمه الله –، في نصراني أشهد في وصيته، أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين، ثم هو حر. ثم مات مولاه، وخدم سنة، ثم أسلم، ما عليه؟ قال: هو حر. ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين. وروي عنه، قال: هو حر ساعة مات مولاه؛ لأن هذه معصية. وهذه الرواية أصح وأوفق لأصوله

ويحتمل أن قوله: يرجع عليه بخدمته أربع سنين. لم يكن لصحة الوصية، بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحته، فإذا تعذر العوض بإسلامه، كان عليه ما يقوم مقامه، كما لو تزوج الذمي ذمية على ذلك ثم أسلم؛ فإنه يجب عليه المهر، كذا هاهنا يجب عليه العوض. والأول أولى.

[فصل الوقف على من لا يملك]

(٤٤٣٤) فصل: ولا يصح الوقف على من لا يملك، كالعبد القن، وأم الولد، والمدبر، والميت، والحمل، والملك والجن والشياطين. قال أحمد في من وقف على مماليكه: لا يصح الوقف حتى يعتقهم. وذلك لأن الوقف تمليك، فلا يصح على من لا يملك. فإن قيل: قد جوزتم الوقف على المساجد والسقايات وأشباهها، وهي لا تملك

قلنا: الوقف هناك على المسلمين، إلا أنه عين في نفع خاص لهم. فإن قيل: فينبغي أن يصح الوقف على الكنائس، ويكون الوقف على أهل الذمة. قلنا: الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا،". (١)

٥١٧. ١٧٧-"على مال ولد ابنه، وشفقته قاصرة عن شفقة الأب، ويحجب به في الميراث، وفي ولاية النكاح.

وغيرهما من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبيه؛ لأنه إذا امتنع الأخذ في حق الأم والجد، مع مشاركتهما للأب في بعض المعاني، فغيرهما ممن لا يشارك الأب في ذلك أولى.

[مسألة لا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨/٦

(٤٤٨١) مسألة قال: (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها) يعني وإن لم يعوض عنها. وأراد من عدا الأب؛ لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع، بقوله: " أمر برده ". فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته. وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال النخعي، والثوري، وإسحاق، وأصحابالرأي: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع، ما لم يثب عليها، ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع. وروي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - واحتجوا بما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الرجل أحق بهبته، ما لم يثب منها» . رواه ابن ماجه، في " سننه "

وبقول عمر، ولأنه لم يحصل له عنها عوض، فجاز له الرجوع فيها، كالعارية. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه. وفي لفظ: كالكلب يعود في قيئه. وفي رواية إنه ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» . متفق عليه، وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده» . وقد ذكرناه

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن نبي الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يرجع واهب في هبته، إلا الوالد فيما يعطي ولده» . ولأنه واهب لا ولاية له في المال، فلم يرجع في هبته، كذي الرحم المحرم. وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى. وقول عمر، قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه. وأما العارية فإنما هي هبة المنافع، ولم يحصل القبض فيها

فإن قبضها باستيفائها، فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية، فإنه لا يجوز الرجوع فيها.

(٤٤٨٢) فصل: فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رحمه المحرم غير ولده، لا رجوع فيه. وكذلك ما وهب الزوج لامرأته. والخلاف فيما عدا هؤلاء، فعندنا لا يرجع إلا الوالد، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي. فأما هبة المرأة لزوجها، فعن أحمد فيه روايتان إحداهما لا رجوع لها فيها. وهذا قول عمر بن عبد العزيز، والنخعي، وربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وأبي ثور، وأصحابالرأي

وهو قول عطاء، وقتادة.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٥

٥١٨. ١٧٨-"وإن خرجت مستحقة، أخذها صاحبها، ولم يرجع الموهوب له ببدلها. فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما، صح. نص عليه أحمد؛ لأنه تمليك بعوض معلوم، فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع، في ضمان الدرك، وثبوت الخيار والشفعة

وبهذا قال أصحاب الرأي. ولأصحابالشافعي قول، أنه لا يصح؛ لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها. ولنا أنه تمليك بعوض، فصح ما لو قال: ملكتك هذا بدرهم. فإنه لو أطلق التمليك كان هبة، وإذا ذكر العوض صار بيعا. وقال أبو الخطاب: وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة، فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

فأما إن شرط ثوابا مجهولا، لم يصح، وفسدت الهبة، وحكمها حكم البيع الفاسد، يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنه نماء ملك الواهب. وإن كانت تالفة، رد قيمتها. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وظاهر كلام أحمد، - رحمه الله -، أنها تصح، فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه، لزم العقد بذلك، فإنه قال في رواية محمد بن الحكم: إذا قال الواهب: هذا لك على أن تثيبني. فله أن يرجع إذا لم يثبه، لأنه شرط

وقال في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا وهب له على وجه الإثابة، فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع. ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها. والأول أصح؛ لأن هذا بيع، فيعتبر فيه التراضي، إلا أنه بيع بالمعاطاة، فإذا عوضه عوضا رضيه، حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها، وإن لم يحصل التراضي، لم تصح؛ لعدم العقد، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي

والأصل في هذا قول عمر - رضي الله عنه -: من وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. وروي معنى ذلك عن علي، وفضالة بن عبيد، ومالك بن أنس. وهو قول الشافعي، على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا. وقد روى أبو هريرة، «أن أعرابيا وهب للنبي - صلى الله عليه وسلم - ناقة، فأعطاه ثلاثا فأبى، فزاده ثلاثا، فأبى، فزاده ثلاثا، فلما كملت تسعا، قال: رضيت: فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي» . من " المسند "

قال أحمد: إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان، ولم يثبه منها، فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه، إلا أن يكون ثوبا لبسه، أو غلاما استعمله، أو جارية استخدمها، فأما غير

ذلك إذا نقص فلا شيء عليه، فكان عندي مثل الرهن، الزيادة والنقصان لصاحبه.

[مسألة قال داري لك عمري أو هي لك عمرك]

(٤٤٨٥) مسألة قال: (وإذا قال: داري لك عمري. أو هي لك عمرك. فهي له ولورثته من بعده)". (١)

٥١٩. ١٧٩-"قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من التقط درهما، أو حبلا، أو شبه ذلك، فليعرفه ثلاثة أيام، فإن كان فوق ذلك، فليعرفه سبعة أيام.»

ولنا: حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمره بعام واحد، ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل، ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد، من الحر والبرد والاعتدال، فصلحت قدرا كمدة أجل العين. وأما حديث أبي، فقد قال الراوي: لا أدري ثلاثة أعوام أو عاما واحدا قال أبو داود: شك الراوي في ذلك. وحديث يعلى لم يقل به قائل على وجهه، وحديث زيد وأبي أصح منه وأولى. إذا ثبت هذا، فإنه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط، وتكون متوالية في نفسها لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بتعريفها حين سئل عنها، والأمر يقتضي الفور، ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها، وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متواليا؛ لأن صاحبها في الغالب إنما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها، فيجب تخصيص التعريف به.

[الفصل الثالث زمان تعريف اللقطة]

الفصل الثالث: في زمانه وهو النهار دون الليل؛ لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل، ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها، والأسبوع أكثر؛ لأن الطلب فيه أكثر، ولا يجب فيما بعد ذلك متواليا. وقد روى الجوزجاني بإسناده، عن معاوية بن عبد الله عن زيد الجهني، قال: نزلنا مناخ ركب، فوجدت خرقة فيها قريب من مائة دينار، فجئت بها إلى عمر، فقال: عرفها ثلاثة أيام على باب المسجد، ثم أمسكها حتى قرن السنة، ولا يفد من ركب إلا نشدتها، وقلت: الذهب بطريق الشام ثم شأنك بها.

[الفصل الرابع مكان تعريف اللقطة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٧

(٤٤٩٧) الفصل الرابع: في مكانه، وهو الأسواق، وأبواب المساجد والجوامع، في الوقت الذي يجتمعون فيه، كأدبار الصلوات في المساجد، وكذلك في مجامع الناس؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها، وإظهارها، ليظهر عليها صاحبها، فيجب تحري مجامع الناس، ولا ينشدها في المسجد؛ لأن المسجد لم يبن لهذا. وقد روى أبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد، فليقل: لا ردها الله إليك، فإن المساجد لم تبن لهذا» . وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد.

[الفصل الخامس فيمن يتولاه تعريف اللقطة]

(٤٤٩٨) الفصل الخامس: فيمن يتولاه، وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه، وله أن يستنيب فيه، فإن وجد متبرعا بذلك، وإلا إن احتاج إلى". (١)

٥٢٠. ١٨٠-"بذلك؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «البينة على المدعي» ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها، فادفعها إليه» . قال ابن المنذر: هذا الثابت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وبه أقول. ورواه ابن القصار: " فإن جاء باغيها، ووصف عفاصها وعددها، فادفعها إليه ". وفي حديث زيد الذي ذكرناه «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف، فاستنفقها، وإن جاء طالبها يوما من الدهر، فأدها إليه» . يعني إذا ذكر صفاتها؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث، ولو كانت شرطا للدفع، لم يجز الإخلال به، ولا أمر بالدفع بدونه، ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر؛ لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو، فتوقيف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبدا، وهذا يفوت مقصود الالتقاط، ويفضي إلى تضييع أموال الناس، وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه، كالإنفاق على اليتيم. والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جدا؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا، وإتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد، والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما، فكيف يكون فاضلا. وعلى هذا نقول: لو لم يجب دفعها بالصفة، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٥/٦

يجز التقاطها؛ لما ذكرناه، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «البينة على المدعي» . يعني إذا كان ثم منكر؛ لقوله في سياقه: «واليمين على من أنكر» . ولا منكر هاهنا، على أن البينة تختلف، وقد جعل النبي – صلى الله عليه وسلم – بينة مدعي اللقطة وصفها، فإذا وصفها فقد أقام بينته. وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح؛ فإن النزاع ثم في كونه مغصوبا، والأصل عدمه، وقول المنكر يعارض دعواه، فاحتيج إلى البينة، وها هنا قد ثبت كون هذا المال لقطة، وأن له صاحبا غير من هو في يده، ولا مدعي له إلا الواصف، وقد ترجح صدقه، فينبغي أن يدفع إليه.

(٤٥١٣) فصل: فإن وصفها اثنان، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف أنها له، وسلمت إليه. وهكذا إن أقاما بينتين، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف، ودفعت إليه. ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: تقسم بينهما؛ لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع، فتساويا فيها، كما لو كانت في أيديهما. والذي قلناه أصح وأشبه بأصولنا، فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما، ولأنهما تداعيا عينا في يد غيرهما، وتساويا في البينة، أو في عدمها، فتكون لمن وقعت له القرعة، كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان، فقال: هي لأحدكما، لا أعرفه عينا. وفارق ما إذا كانت في أيديهما؛ لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه. وإن". (١)

٥٢١.   ١٨١-"إحداهما يلزمه دينار، أو اثنا عشر درهما، للخبر المروي فيه، ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي – رضي الله عنهما –. والثانية، له أربعون درهما إن رده من خارج المصر اختارها الخلال، وهو قول ابن مسعود، وشريح. فروى أبو عمرو الشيباني قال: قلت لعبد الله بن مسعود: إني أصبت عبيدا إباقا. فقال: لك أجر وغنيمة. فقلت: هذا الأجر، فما الغنيمة؟ قال: من كل رأس أربعين درهما. وقال أبو إسحاق: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما. وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول. قال الخلال: حديث ابن مسعود أصح إسنادا.
وروي عن عمر بن عبد العزيز، أنه قال: إذا وجده على مسيرة ثلاث، فله ثلاثة دنانير. وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام، فله أربعون درهما، وإن كان من دون ذلك، يرضخ له على قدر المكان الذي تعني إليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٥/٦

ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: إن كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما، لئلا يفوت عليه العبد جميعه. ولنا عموم الدليل، ولأنه جعل يستحق في رد الآبق، فاستحقه وإن زاد على قيمته، كما لو جعله له صاحبه، ويستحقه إن مات سيده في تركته. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان الذي رده من ورثة المولى، سقط الجعل

ولنا أن هذا عوض عن عمله، فلا يسقط بالموت، كالأجر في الإجارة، وكما لو كان من غير ورثة المولى. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الإباق أو لم يكن. وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن كان معروفا بذلك، استحق الجعل، وإلا فلا. ولنا الخبر، والأثر المذكور من غير تفريق، ولأنه رد آبقا، فاستحق الجعل، كالمعروف بردهم.

[فصل أخذ الآبق لمن وجده]

(٤٥٣٣) فصل: ويجوز أخذ الآبق لمن وجده. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحابالرأي. ولا نعلم فيه خلافا؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب، وارتداده، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد، بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها. فإذا أخذه فهو أمانة في يده، إن تلف بغير تفريطه، فلا ضمان عليه، وإن وجد صاحبه، دفعه إليه إذا أقام به البينة، أو اعترف العبد أنه سيده. وإن لم يجد سيده، دفعه إلى الإمام أو نائبه،". (١)

٥٢٢. ١٨٢-"كان الجاني حرا

ويحتمل أن يكون القول قول القاذف؛ لأنه يحتمل صحة ما قاله، بأن يكون ابن أمة، فيكون ذلك شبهة، والحد يندرئ بالشبهات. وفارق القصاص له إذا ادعى الجاني عليه أنه عبد؛ لأن القصاص ليس بحد، وإنما: وجب حقا لآدمي، ولذلك جازت المصالحة عنه، وأخذ بدله، بخلاف حد القذف. ويتخرج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفا، فادعى أنه عبد ليجب عليه حد العبد، قبل منه؛ لذلك والأول أصح؛ لأن كل من كان محكوما بحريته، لا يسقط الحد عن قاذفه باحتمال رقه، بدليل مجهول النسب، ولو سقط الحد لهذا الاحتمال، لسقط وإن لم يدع القاذف رقه؛ لأنه موجود وإن لم يدعه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٩٨

[مسألة ينفق علي اللقيط من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه]

(٤٥٦١) مسألة قال: (وينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه) . وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء، لم يلزم الملتقط بالإنفاق عليه، في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط، كوجوب نفقة الولد

وذلك لأن أسباب وجوب النفقة، من القرابة، والزوجية، والملك، والولاء، منتفية، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك، وتبرع بحفظه، فلا يوجب ذلك النفقة، كما لو فعله بغير اللقيط. وتجب نفقته في بيت المال؛ لقول عمر - رضي الله عنه - في حديث أبي جميلة: اذهب فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته. وفي رواية: من بيت المال؛ ولأن بيت المال وارثه، وماله مصروف إليه، فتكون نفقته عليه، كقرابته ومولاه

فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال، لكونه لا مال فيه، أو كان في مكان لا إمام فيه، أو لم يعط شيئا، فعلى من علم من المسلمين الإنفاق عليه؛ لقول الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] . ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب، كإنقاذه من الغرق. وهذا فرض كفاية، إذا قام به قوم سقط عن الباقين، فإن تركه الكل أثموا. ومن أنفق عليه متبرعا، فلا شيء له، سواء كان الملتقط أو غيره. وإن لم يتبرع بالإنفاق عليه

فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر، وكان ذلك بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي. وإن أنفق بغير أمر الحاكم، محتسبا بالرجوع عليه، فقال أحمد: تؤدى النفقة من بيت المال. وقال شريح، والنخعي: يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه. وقال عمر بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتسابا، فإن حلف استسعي وقال الشعبي، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، والشافعي، وابن المنذر: هو متبرع به.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٥/٦

٥٢٣. ١٨٣-"ولنا أنه أدى ما وجب على غيره، فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه، كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه. وقد ذكرنا حكم هذا الأصل في موضعه.

[فصل وجد مع اللقيط شيء]

(٤٥٦٢) فصل: فأما إن وجد مع اللقيط شيء، فهو له، وينفق عليه منه. وبهذا قال الشافعي، وأصحابالرأي؛ وذلك لأن الطفل يملك، وله يد صحيحة، بدليل أنه يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة، كالبالغ. إذا ثبت هذا، فكل ما كان متصلا به، أو متعلقا بمنفعته، فهو تحت يده، ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لابسا له، أو مشدودا في ملبوسه، أو في يديه، أو مجعولا فيه، كالسرير والسفط، وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب التي تحته والتي عليه

وإن كان مشدودا على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه، أو كان في خيمة، أو في دار، فهي له. وأما المنفصل عنه، فإن كان بعيدا منه، فليس في يده، وإن كان قريبا منه، كثوب موضوع إلى جانبه، ففيه وجهان أحدهما، ليس هو له؛ لأنه منفصل عنه، فهو كالبعيد. والثاني، هو له. وهو أصح؛ لأن الظاهر أنه ترك له، فهو له، بمنزلة ما هو تحته، ولأن القريب من البالغ يكون في يده، ألا ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه بقربه، ويحكم بأنه في يده، والحمال إذا جلس للاستراحة، ترك حمله قريبا منه

فأما المدفون تحته، فقال ابن عقيل: إن كان الحفر طريا، فهو له، وإلا فلا؛ لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طريا، كان مدفونا قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال؛ لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا، فلم يكن له إذا كان الحفر طريا، كالبعيد منه، ولأن الظاهر أنه لو كان له، لشده واضعه في ثيابه، ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وما هو له أنفق عليه منه، فإن كان فيه كفايته، لم تجب نفقته على أحد؛ لأنه ذو مال، فأشبه غيره من الناس

إذا ثبت هذا، فإن لملتقطه الإنفاق عليه منه بغير إذن الحاكم. ذكره أبو عبد الله بن حامد؛ لأنه ولي له، فلم يعتبر في الإنفاق عليه في حقه إذن الحاكم، كوصي اليتيم، ولأن هذا من الأمر بالمعروف، فاستوى فيه الإمام وغيره، كتبديد الخمر. وروى أبو الحارث، عن أحمد، في رجل أودع رجلا مالا، وغاب، وطالت غيبته، وله ولد ولا نفقة له، هل ينفق عليهم هذا المستودع من مال الغائب؟ فقال:

تقوم امرأته إلى الحاكم، حتى يأمره بالإنفاق". (١)

٥٢٤. ١٨٤-"النفقة على الرقبة، فكانت على صاحبها، كالعبد المستأجر، وكما لو لم يكن له منفعة. قال الشريف: ولأن الفطرة تلزمه، والفطرة تتبع النفقة، ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه. ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة. وهو قول أصحاب الرأي، والإصطخري، وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأنه يملك نفعه على التأبيد، فكانت النفقة عليه، كالزوج، ولأن نفعه له، فكان عليه ضره، كالمالك لهما جميعا، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد، فيصير معنى الوصية: أوصيت لك بنفع عبدي، وأبقيت على ورثتي ضره. وإن وصى بنفعه لإنسان، ولآخر برقبته، كان معناه: أوصيت لهذا بنفعه، ولهذا بضره. والشرع ينفي هذا بقوله: «لا ضرر ولا ضرار» . ولذلك جعل الخراج بالضمان، ليكون ضره على من له نفعه. وفارق المستأجر، فإن نفعه في الحقيقة للمؤجر؛ لأنه يأخذ الأجر عوضا عن منافعه. وقيل: تجب نفقته في كسبه. وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة؛ لأن كسبه من منافعه، فإذا صرف في نفقته، فقد صرفت المنفعة الموصى بها إلى النفقة، فصار كما لو صرف إليه شيء من ماله سواه.

(٤٦٧١) فصل: وإذا أعتق الورثة العبد، عتق، ومنفعته باقية للموصى له بها، ولا يرجع على المعتق بشيء. وإن أعتقه صاحب المنفعة، لم يعتق؛ لأن العتق للرقبة، وهو لا يملكها. وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد، وأسقطها عنه، فللورثة الانتفاع به؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده. وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد، فله ذلك، ويباع مسلوب المنفعة، ويقوم المشتري مقام البائع، فيما له وعليه. وقيل: لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره؛ لأن ما لا منفعة فيه، لا يصح بيعه، كالحشرات والميتات. وقيل: يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره؛ لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة، فينتفع بذلك، بخلاف غيره، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض. ولنا، أنه عبد مملوك، تصح الوصية به، فصح بيعه كغيره، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه، وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه، بخلاف الحشرات. وإن وصى لرجل برقبة عبد، ولآخر بنفعه، صح، وقام الموصية له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا. وبهذا قال الشافعي، وأبو

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٦/٦

ثور، وأصحابالرأي.

[فصل أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج أو زنى]
(٤٦٧٢) فصل: وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته، فأتت بولد من زوج أو زنا، فهو مملوك، حكمه حكم أمه؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها، كولد المكاتبة والمدبرة. ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة؛ لأن ذلك ليس من النفع الموصى به. ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها. وإن وطئت بشبهة، وجب المهر على الواطئ لصاحب". (١)

٥٢٥. ١٨٥-"قوله، لكونه لم يجعل الوقف وصية وإجازة للوارث، فهذا أولى؛ لأن العبد لا يملك رقبته، فيجعل ذلك وصية له، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له؛ لأنه لم يصل إليه، ولا وصية للبائع؛ لأنه قد عاوض عنه، وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة، في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به، فلا يمنعه ذلك الميراث. واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله، فقال بعضهم: إذا حمله الثلث عتق وورث؛ لأن عتقه ليس بوصية له، على ما ذكرنا

وقيل: يعتق ولا يرث؛ لأنه لو ورث لصارت وصية لوارث، فتبطل وصيته، ويبطل عتقه وإرثه، فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه، فكان إبطال توريثه أولى. وقيل على مذهبه: شراؤه باطل؛ لأن ثمنه وصية، والوصية تقف على خروجها من الثلث، أو إجازة الورثة، والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا. ومن مسائل ذلك: مريض وهب له ابنه، فقبله، وقيمته مائة، وخلف مائتي درهم وابنا آخر، فإنه يعتق، وله مائة ولأخيه مائة

وهذا قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وقيل، على قول الشافعي: لا يرث، والمائتان كلها للابن الحر. وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف نفسه، ونصف المائتين، ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه. إن كان قيمته مائتين، وبقية التركة مائة، عتق من رأس المال، والمائة بينه وبين أخيه. وبهذا قال مالك، والشافعي

وقال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه، لأنه قدر ثلث التركة، ويسعى في قيمة باقيه، ولا يرث؛ لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع: الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه. والمرأة تعتق

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٤/٦

عبدها على أن يتزوجها، فيأبيان ذلك. والعبد الموهوب يعتقه سيده. والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران. ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته، وهو حر يرث

وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف التركة، وذلك ثلاثة أرباع رقبته، ويسعى في ربع قيمته لأخيه. وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات، لا مال له سواهن، ولا وارث، عتقن من رأس المال. وهذا قول مالك. وإن كان اشتراهن فكذلك، فيما ذكره الخبري عن أحمد. وهو قول ابن الماجشون، وأهل البصرة، وبعض أصحاب مالك، وعلى قول القاضي، يعتق ثلثهن، في أحد الوجهين

وهو قول مالك، وفي الآخر يعتقن كلهن؛ لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله، في أصح الروايتين. وإن ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن.

وقال أبو حنيفة: إذا اشتراهن أو وهبن له، ولا مال له سواهن، ولا وارث، عتقن، وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت للأم في نصف قيمتها للأخت من الأب والأم، وإنما لم يرثا؛ لأنهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب، وذلك رقبة وخمس، بينهما نصفين، فكان يبقى عليهما سعاية، إذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا، وكانت لهما الوصية، وهي رقبة بينهما نصفين

وأما الأخت". (١)

٥٢٦. ١٨٦-"الرجل لا يدخلون في اسم القرابة، ولا أهل بيته. وليس هذا بشيء، فإن ولد النبي - صلى الله عليه وسلم - من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة، وأعطوا من سهم ذي القربى، وهم من أقرب أقاربه، فكيف لا يكونون من أقاربه، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لفاطمة وولديها وزوجها: «اللهم هؤلاء أهل بيتي، فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا؟» ولو وقف على أقارب رجل، أو أوصى لأقاربه، دخل فيه ولده، بغير خلاف علمته. والخرقي قد عدهم في القرابة بقوله: " لا يجاوز بها أربعة آباء؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى ". فجعل هاشما الأب الرابع، ولا يكون رابعا إلا أن يعد النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا؛ لأن هاشما إنما هو رابع النبي - صلى الله عليه وسلم -.

[فصل وصى لآله]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٧/٦

(٤٧٥١) فصل: وإن وصى لآله، فهو مثل قرابته، فإن في بعض ألفاظ زيد بن أرقم: من آل رسول الله – صلى الله عليه وسلم –؟ قال: أصله، وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده؛ آل علي وآل العباس، وآل جعفر، وآل عقيل.، والأصل في آل أهل، فقلبت الهاء همزة، كما قالوا: هرقت الماء وأرقته. ومدت لئلا تجتمع همزتان. وإن وصى لعترته، فقد توقف أحمد في ذلك، وهو في عرف الناس عشيرته الأدنون، وولده الذكور والإناث وإن سفلوا فتصرف الوصية إليهم، وبذلك فسره ابن قتيبة، قال: ويدل على ذلك قول أبي بكر – رضي الله عنه –: نحن عترة النبي – صلى الله عليه وسلم – وبيضته التي تفقأت عنه. وقال ثعلب، وابن الأعرابي: العترة الأولاد، وأولاد الأولاد. . ولم يدخلا في ذلك العشيرة، والأول أصح وأشهر في عرف الناس، مع أنه قد دل على صحته قول أبي بكر – رضي الله عنه – في محفل من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – فلم ينكره أحد، وهم أهل اللسان، فلا يعول على ما خالفه. وإن وصى لقومه، أو لنسبائه، فقال أبو بكر: هذا بمثابة أهل بيته. وقال القاضي: إذا قال: لرحمي، أو لأرحامي، أو لأنسابي، أو لمناسبي. صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه، ويتعدى ولد الأب الخامس. فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الأحوال. وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي؛ لأن ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان إليها، وإذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه، فليس بمناسب له.

[فصل وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه]

(٤٧٥٢) فصل: وإن وصى لمواليه، وله موال من فوق، وهم معتقوه، فالوصية لهم؛ لأن الاسم يتناولهم، وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم. وإن لم يكن له إلا موال من أسفل فهي لهم كذلك. وإن اجتمعوا، فالوصية لهم". (١)

٥٢٧. ١٨٧–"مسائل ذلك: أم أب وأب، لها السدس والباقي له. وعلى القول الآخر، الكل له دونها.

أم أم وأم أب وأب، السدس بينهما على القول الأول. وعلى الثاني السدس لأم الأم، والباقي للأب. وقيل: لأم الأم نصف السدس، والباقي للأب؛ لأن الأب لو عدم لم يكن لأم الأم إلا نصف السدس،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٢

فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه. والأول أصح؛ لأن الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن نصف ميراثها، ولا يأخذون ما حجبوها عنه، بل يتوفر ذلك على الأب، كذا هاهنا.

ثلاث جدات متحاذيات وأب، السدس بينهن على القول الأول، ولأم الأم على القول الثاني، وعلى الثالث لأم الأم ثلث السدس، والباقي للأب. وإن كان مع المتحاذيات جدات، لم يحجب إلا أمه.

أب وأم أب وأم أم أم، على قول الخرقي السدس لأم الأب. ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الأب. ثم اختلف القائلون بذلك، فقيل: السدس كله لأم أم الأم؛ لأن التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها، فصارت كالمعدومة.

وقيل: بل لها نصف السدس على قول زيد لأنه يورث البعدى من جهة الأم مع القربى من جهة الأب، فكان لها نصف السدس. وقيل: لا شيء لها؛ لأنها انحجبت بأم الأب، ثم انحجبت أم الأب بالأب، فصار المال كله للأب.

[مسألة الجدات المتحاذيات]

(٤٨٦٤) مسألة قال: (والجدات المتحاذيات أن تكن أم أم أم، وأم أم أب وأم أبي أب، وإن كثرن فعلى ذلك) يعني بالمتحاذيات المتساويات في الدرجة، بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها؛ لأن الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة، ومتى كان بعضهن أقرب من بعض، فالميراث لأقربهن، فإذا قيل: ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل. فهما أم أمه وأم أبيه.

وإن قيل: ترك ثلاثا. فهن كما قال الخرقي أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، واحدة من قبل الأم، واثنتان من قبل الأب، وهما أم أمه وأم أبيه، كما جاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الأم غير وارثة، وهي أم أبي الأم، ولا يرث أبدا من قبل الأم إلا واحدة، وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن. فاحفظ ذلك. فإن قيل: ترك أربعا. فهن أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب.

وفي درجتهن أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن فيما تقدم، إلا أن مذهب أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات، وهن الثلاث الأول. ويحتمل قول الخرقي توريثهن وإن كثرن، فعلى هذا القول كلما زاد درجة

زادت جدة، ويرث في الدرجة الخامسة خمس، وفي السادسة ست،". (١)

٥٢٨. ١٨٨-"[مسألة كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة]

(٤٨٩٠) مسألة؛ قال: (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة، أو مولى نعمة، فهو أحق بالمال من ذوي الأرحام) في هذه المسألة فصول ثلاثة: (٤٨٩١) أحدها: أن الرد يقدم على ميراث ذوي الأرحام، فمتى خلف الميت عصبة، أو ذا فرض من أقاربه، أخذ المال كله، ولا شيء لذوي الأرحام. وهذا قول عامة من ورث ذوي الأرحام. وقال الخبري: لم يختلفوا أن الرد أولى منهم، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، أنهما ورثا الخال مع البنت.

فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة، أو مولى؛ لئلا يخالف الإجماع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الخال وارث من لا وارث له» . ومن مسائل هذا الفصل أبو أم وجدة؛ المال للجدة بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ، وابن أخت عم وعمة، ثلاثة بني إخوة مفترقين؛ لا شيء لذي الرحم في جميع ذلك

(٤٨٩٢) الفصل الثاني: أن المولى المعتق وعصباته أحق من ذوي الأرحام. وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم، وقول من لا يرى توريثهم أيضا. وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى، وبه قال ابنه أبو عبيدة، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وعلقمة، والأسود، وعبيدة، ومسروق، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، والقاسم بن عبد الرحمن، وعمر بن عبد العزيز، وميمون بن مهران

والأول أصح؛ لقوله - عليه السلام -: «الخال وارث من لا وارث له. والمولى وارث» . ولأن المولى يعقل، وينصر، فأشبه العصبة من النسب. (٤٨٩٣) الفصل الثالث: في توريثهم مع الزوج والزوجة. لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه، من غير حجب له، ولا معاولة، واختلف في كيفية توريثهم معه، فروي عن إمامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا

وهذا قول أبي عبيد، ومحمد بن الحسن، واللؤلؤي، وعامة من ورثهم. وقال يحيى بن آدم، وضرار: يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين، على الحجب والعول، ثم نفرض للزوج فرضه كاملا، من غير حجب ولا عول، يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم. فإنما يقع الخلاف

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٤/٦

في مسألة فيها من يدلي بذي فرض، ومن يدلي". (١)

٥٢٩. ١٨٩-"ستة وثلاثين، وهي السدس. وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم، فهي من ستة؛ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وللخنثى السدس، وللعم ما بقي على القولين جميعا.

[فصل مات وخلف خنثيين فصاعدا]

(٤٩١٣) فصل: وإن خلف خنثيين فصاعدا، نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين، فتجعل للاثنين أربعة أحوال، وللثلاثة ثمانية، وللأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنين وثلاثين حالا، ثم تجمع مالهم في الأحوال كلها، فتقسمه على عدد أحوالهم، فما خرج بالقسم فهو لهم، إن كانوا من جهة واحدة، وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال، وقسمته على عدد الأحوال كلها، فالخارج بالقسم هو نصيبه، وهذا قول ابن أبي ليلى، وضرار، ويحيى بن آدم. وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي

والوجه الآخر، أنهم ينزلون حالين؛ مرة ذكورا، ومرة إناثا، كما تصنع في الواحد. وهذا قول أبي يوسف.
والأول **أصح**؛ لأنه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال، فيعدل بينهم. وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض، وهذا تحكم لا دليل عليه. وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم، إن كانا ذكرين فالمال للولد.

وإن كانا أنثيين فللولد النصف، والباقي للعم، فهي من أربعة عند من نزلهم حالين؛ للولد ثلاثة أرباع المال، وللعم ربعه. ومن نزلهم أحوالا، زاد حالين آخرين، وهو أن يكون الولد وحده ذكرا، وأن يكون ولد الأخ وحده ذكرا، فتكون المسألة من ثمانية؛ للولد المال في حالين، والنصف في حالين، فله ربع ذلك، وهو ثلاثة أرباع المال، ولولد الأخ نصف المال في حال، فله ربعه، وهو الثمن، وللعم مثل ذلك، وهذا أعدل

ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين، قال: للأخ النصف يقينا، والنصف الآخر يتداعونه، فيكون بينهم أثلاثا، وتصح من ستة. وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر، ولا يرث المحجوب شيئا إذا كان أنثى. ولو خلف بنتا وولدا خنثى وولد ابن خنثى وعصبة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٣/٦

فمن نزلهما حالين جعلهما من ستة؛ للولد الخنثى ثلاثة، وللبنت سهمان، والباقي للعم. ومن نزلهما أربعة أحوال، جعلها من اثني عشر.
وجعل لولد الابن نصف السدس، وللعم سدسه، وهذا أعدل الطريقين؛ لما في الطريق الآخر من إسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم. وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها. ويكفي هذا القدر من هذا الباب، فإنه نادر قل ما يحتاج إليه، واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر، ولم يسمع بوجوده، فلا حاجة إلى التطويل فيه.

[فصل ميراث شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج]
(٤٩١٤) فصل: وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا، لم يذكره الفرضيون، ولم يسمعوا به، فإنا وجدنا شخصين". (١)

٥٣٠. ١٩٠-"حدا أو ميراثا، ورث بحساب ما عتق منه، وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه» .
وفي رواية «يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر، وقدر ما رق منه دية العبد.» قال يحيى بن أبي كثير: وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك. وقد روي حديث ابن عباس، عن عكرمة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا، والحديث الذي رويناه لقولنا أصح منه، ولا أعلم أحدا من الفقهاء قال بهذا، وما ذكرناه أولا أولى، والله أعلم.

[مسألة من بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية]
(٤٩٢٧) مسألة؛ قال: (ومن بعضه حر يرث، ويورث، ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية) وجملته أن المعتق بعضه إذا كسب مالا، ثم مات وخلفه، نظر فيه؛ فإن كان كسبه بجزئه الحر، مثل أن كان قد هيأ سيده على منفعته، فاكتسب في أيامه، أو ورث شيئا، فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه الحر، أو كان قد قاسم سيده في حياته، فتركته كلها لورثته، لا حق لمالك باقيه فيها. وقال قوم: جميع ما خلفه بينه وبين سيده
قال ابن اللبان: هذا غلط؛ لأن الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة، لم يبق له حق في الباقي، ولا

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٩

سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر، كما لو كان بين شريكين فاقتسما كسبه، لم يكن لأحدهما حق في حصة، الآخر، والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه. فأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة، ولا اقتسما كسبه، فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه، والباقي، لورثته. وإن مات من يرثه، فإنه يرث، ويورث، ويحجب على قدر ما فيه من الحرية

وهذا قول علي، وابن مسعود، - رضي الله عنهما -، وبه قال عثمان البتي، وحمزة الزيات، وابن المبارك، والمزني، وأهل الظاهر. وقال زيد بن ثابت: لا يرث، ولا يورث، وأحكامه أحكام العبد. وبه قال مالك، والشافعي، في القديم. وجعلا ماله لمالك باقيه. قال ابن اللبان: هذا غلط؛ لأنه ليس لمالك باقيه على ما عتق منه ملك، ولا ولاء، ولا هو ذو رحم. قال ابن سريج: يحتمل على قول الشافعي - رضي الله عنه - القديم، أن يجعل في بيت المال؛ لأنه لا حق له فيما كسبه بجزئه الحر

وقال الشافعي في الجديد: ما كسبه بجزئه الحر لورثته، ولا يرث هو ممن مات شيئا. وبه قال طاوس، وعمرو بن دينار، وأبو ثور. وقال ابن عباس: هو كالحر في جميع أحكامه، في توريثه، والإرث منه، وغيرهما. وبه قال الحسن، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، والحكم، وحماد، وابن أبي ليلى، والثوري، وأبو يوسف، ومحمد، واللؤلؤي، ويحيى بن آدم، وداود

وقال أبو حنيفة: إن كان الذي لم يعتق استسعى العبد، فله من تركته سعايته، وله نصف ولائه، وإن كان أغرم الشريك، فولاؤه كله للذي أعتق بعضه.". (١)

٥٣١. ١٩١-"يرثها أهل دينها. فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه، فسنذكره في باب الولاء، إن شاء الله تعالى.

[فصل الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحدا]

(٤٩٤٧) فصل: فأما الكفار فيتوارثون، إذا كان دينهم واحدا، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر» دليل على أن بعضهم يرث بعضا. وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وهل ترك لنا عقيل من دار» . دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٨/٦

دون جعفر، وعلي لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل على دين أبيه، مقيما بمكة، فباع رباعه بمكة، فلذلك لما قيل للنبي - صلى الله عليه وسلم -: أين تنزل غدا؟ قال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع» . وقال عمر في عمة الأشعث بن قيس: يرثها أهل دينها. فإن اختلفت أديانهم، فاختلف عن أحمد، فروي عنه، أن الكفر كله ملة واحدة، يرث بعضهم بعضا. رواه عنه حرب، واختاره الخلال. وبه قال حماد، وابن شبرمة، وأبو حنيفة، والشافعي، وداود؛ لأن توريث الآباء من الأبناء، والأبناء من الآباء، مذكور في كتاب الله تعالى ذكرا عاما، فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم، ولأن قول الله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] عام في جميعهم. وروي عن أحمد، أن الكفر ملل مختلفة، لا يرث بعضهم بعضا. اختاره أبو بكر، وهو قول كثير من أهل العلم؛ لأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ينفي توارثهما، ويخص عموم الكتاب، ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر أقسام الملل. وقال القاضي أبو يعلى: الكفر ثلاث ملل: اليهودية، والنصرانية، ودين من عداهم؛ لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم. وهذا قول شريح، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، والضحاك، والحكم. والثوري، والليث، وشريك، ومغيرة الضبي، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، ووكيع. وروي ذلك عن مالك. وروي عن النخعي، والثوري، القولان معا. ويحتمل كلام أحمد - رضي الله عنه - أن يكون الكفر مللا كثيرة، فتكون المجوسية ملة، وعبادة الأوثان ملة أخرى، وعبادة الشمس ملة، فلا يرث بعضهم بعضا. روي ذلك عن علي. وبه قال الزهري، وربيعة وطائفة من أهل المدينة، وأهل البصرة، وإسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم، ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا، كالمسلمين والكفار، والعمومات في التوريث مخصوصة، فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس، ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام، مع اتفاقهم في الملة، لانقطاع الموالاة، فمع اختلاف الملة أولى. وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح، فإن هذا وصف عدمي، لا يقتضي حكما، ولا جمعا، ثم". (١)

٥٣٢. ١٩٢-"عشر في تسعة، تكن مائة وسبعة عشر، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين، وما بقي فهو موقوف

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٨/٦

زوج وأم حامل من الأب المسألة من ثمانية، للزوج ثلاثة، وللأم سهم، ويوقف أربعة. وقال أبو يوسف: هي من ثمانية، يدفع إلى الزوج ثلاثة، وإلى الأم سهمان، وتقف ثلاثة، وتأخذ منها ضمينا، هكذا حكى الخبري عنه. فإن كان في المسألة من يسقط بولد الأبوين، كعصبة، أو أحد من ولد الأب، لم يعط شيئا. ولو كان في هذه المسألة جد، فللزوج الثلث، وللأم السدس، وللجد السدس والباقي موقوف

وقال أبو حنيفة: للزوج النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، ويوقف السدس بين الجد والأم، ولا شيء للحمل؛ لأن الجد يسقطه وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين، ويقف أربعة أسهم. وحكي عن شريك، أنه كان يقول بقول علي في الجد فيقف هاهنا نصيب الإناث، فيكون عنده من تسعة، وتقف منها أربعة. ولو لم يكن فيها زوج، كان للأم السدس وللجد ثلث الباقي، وتقف عشرة من ثمانية عشر. وعند أبي حنيفة للجد الثلثان، وللأم السدس، ويوقف السدس بينهما

قول أبي يوسف، يقف الثلث، ويعطي كل واحد منهما ثلثا، ويؤخذ منهما ضمين. ومتى خلف ورثة، وأما تحت الزوج، فينبغي للزوج الإمساك عن وطئها، ليعلم أحامل هي أم لا؟ كذا روي عن علي وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والنخعي، وقتادة، في آخرين. وإن وطئها قبل استبرائها، فأتت بولد لأقل من ستة أشهر، ورث، لأننا نعلم أنها كانت حاملا به، وإن ولدته لأكثر من ذلك، لم ترث، إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا به يوم موت ولدها.

[فصل لا يرث الحمل إلا بشرطين]

فصل: ولا يرث الحمل إلا بشرطين؛ أحدهما، أن يعلم أنه كان موجودا حال الموت، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا، فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث، إلا أن يقر الورثة أنه كان موجودا حال الموت، وإن كانت لا توطأ، إما لعدم الزوج، أو السيد، وإما لغيبتهما، أو اجتنابهما الوطء، عجزا أو قصدا أو غيره، ورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل وذلك أربع سنين في أصح الروايتين، وفي الأخرى سنتان

والثاني، أن تضعه حيا، فإن وضعته ميتا لم يرث، في قولهم جميعا، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة، واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث، وورث. وقد روى أبو داود بإسناده، عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «إذا استهل المولود ورث» . وروى ابن ماجه بإسناده،

عن". (١)

٥٣٣. ١٩٣-"[فصل ميراث المفقود]

(٤٩٧٣) فصل: في ميراث المفقود، وهو نوعان؛ أحدهما، الغالب من حاله الهلاك، وهو من يفقد في مهلكة، كالذي يفقد بين الصفين، وقد هلك جماعة، أو في مركب انكسر، فغرق بعض أهله، أو في مفازة يهلك فيها الناس، أو يفقد من بين أهله، أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة، فلا يرجع، ولا يعلم خبره، فهذا ينتظر به أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر، قسم ماله، واعتدت امرأته عدة الوفاة، وحلت للأزواج، نص عليه الإمام أحمد. وهذا اختيار أبي بكر

وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله، حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين؛ لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه. والأول أصح؛ لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله. وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته، وقف للمفقود نصيبه من ميراثه، وما يشك في مستحقه، وقسم باقيه؛ فإن بان حيا، أخذه، ورد الفضل إلى أهله، وإن علم أنه مات بعد موت موروثه، دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته.

وإن علم أنه كان ميتا حين موت موروثه، رد الموقوف إلى ورثة الأول، وإن مضت المدة، ولم يعلم خبره، رد أيضا إلى ورثة الأول؛ لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه، فلا نورثه مع الشك، كالجنين الذي يسقط ميتا، وكذلك إن علمنا أنه مات، ولم يدر متى مات. ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا، إلا أن مالكا، والشافعي - رضي الله عنهما -، في القديم، وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة

والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها، على ما سنذكره في الصورة الأخرى، إن شاء الله تعالى؛ لأنه مفقود لا يتحقق موته، فأشبه التاجر والسائح. ولنا، اتفاق الصحابة - رضي الله عنهم - على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع، ففي المال أولى ولأن الظاهر هلاكه، فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها

النوع الثاني، من ليس الغالب هلاكه، كالمسافر لتجارة، أو طلب علم، أو سياحة، ونحو ذلك، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٨٤

يعلم خبره ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته، حتى يتيقن موته، أو يمضي عليه مدة لا يعيش مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم. وهذا قول الشافعي – رضي الله عنه – ومحمد بن الحسن، وهو المشهور عن مالك، وأبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الأصل حياته، والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولا توقيف هاهنا، فوجب التوقف عنه

والرواية الثانية، أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد. وهذا قول عبد الملك بن الماجشون؛". (١)

٥٣٤. ١٩٤-"لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا. وقال عبد الله بن عبد الحكم: ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد. ولعله يحتج بقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أعمار أمتي ما بين السبعين والستين» . أو كما قال؛ ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، فأشبه التسعين

وقال الحسن بن زياد: ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة. قال: ولو فقد وهو ابن ستين سنة، وله مال، لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى، فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة، فيقسم ماله حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء، وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود، وكان ماله للأحياء من ورثته، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود، ولم يكن لورثة المفقود

قال اللؤلؤي: وهذا قول أبي يوسف. وحكى الخبري عن اللؤلؤي أنه قال: إن الموقوف للمفقود، وإن لم يعلم خبره يكون لورثته. قال: وهو الصحيح عندي، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي، فقال: لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم، أو بعد فقده بيوم، وتمت مائة وعشرون سنة، لم تورث منه شيئا، ولم نورثه منها؛ لأننا لا نعلم أيهما مات أولا

وهذا قياس قول من قال في الغرقى: إنه لا يورث أحدهم من صاحبه، ويرث كل واحد الأحياء من ورثته. قال القاضي: هذا قياس قول أحمد. واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله، لا من مات قبل ذلك، ولو بيوم. واختلفوا في من مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء، على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين، ويوقف الباقي حتى يتبين أمره، أو تمضي

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٨٩

، فتعمل المسألة على أنه حي، ثم على أنه ميت، وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو في وقفهما إن اتفقتا، وتجتزئ إحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتعطي كل واحد أقل النصيبين، ومن لا يرث إلا من أحدهما لا تعطيه شيئا، وتقف الباقي. ولهم أن يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود، واختاره ابن اللبان؛ لأنه لا يخرج عنهم. وأنكر ذلك الوني، وقال: لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة، وهي متيقنة، ثم يقال له: لك أن تصالح على بعضه
بل إن جاز ذلك، فالأولى أن نقسم المسألة على تقدير الحياة، ونقف نصيب المفقود لا غير. والأول أصح، إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه، ويقين الحياة معارض بظهور الموت، فينبغي أن يورث كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه؛ لأنه حقهم، لا يخرج عنهم، وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه، كما تقدم في نظائره، ووجوب وقفه". (١)

٥٣٥.   ١٩٥-"لا يوقف هاهنا شيء، وتعطى الأخت من الأب السبع؛ لأنها لا تحجب بالشك، كما لا ترث بالشك. والأول أصح؛ لأن دفع السبع إليها توريث بالشك، وليس في الوقف حجب يقينا، إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها. ويعارض قول هذا القائل قول من قال: إن اليقين حياته، فيعمل على أنه حي، ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين. والتوسط بما ذكرناه أولى. والله أعلم.

[فصل ميراث الأسير]
(٤٩٧٤) فصل: والأسير كالمفقود، إذا انقطع خبره. وإن علمت حياته، ورث، في قول الجمهور. وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث؛ لأنه عبد، وحكي ذلك عن النخعي، وقتادة والصحيح الأول. والكفار لا يملكون الأحرار. والله أعلم.

[فصل حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه]

---
(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٠

(٤٩٧٥) فصل: في التزويج في المرض والصحة. حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد، وتوريث كل واحد منهما من صاحبه، في قول الجمهور. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي - رضي الله عنهما -. وقال مالك: أي الزوجين كان مريضا مرضا مخوفا حال عقد النكاح، فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها، فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية

وعن الزهري، ويحيى بن سعيد مثله. واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث، كالأمة والذمية، فقال بعضهم: يصح؛ لأنه لا يتهم بقصد توريثها. ومنهم من أبطله؛ لجواز أن تكون وارثة. وقال ربيعة، وابن أبي ليلى: الصداق والميراث من الثلث. وقال الأوزاعي: النكاح صحيح، ولا ميراث بينهما

وعن القاسم بن محمد والحسن: إن قصد الإضرار بورثته، فالنكاح باطل، وإلا فهو صحيح ولنا، أنه عقد معاوضة يصح في الصحة، فيصح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه، فيصح كحال الصحة، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة، أصدق كل واحدة ألفا ليضيق بهن على امرأته، ويشركنها في ميراثها، فأجيز ذلك. وإذا ثبت صحة النكاح، ثبت الميراث بعموم الآية.

[فصل لا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده]

(٤٩٧٦) فصل: ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده؛ لعموم الآية، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى لبروع بنت واشق بالميراث، وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها، ولم يفرض لها صداقا. ولأن النكاح صحيح ثابت، فيورث به، كما بعد الدخول.". (١)

٥٣٦. ١٩٦-"ميراثهن بالطلاق، فكذلك يمنع من تنقيصهن منه، وكلا الوجهين بعيد؛ أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات، فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه، وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع، ولا الجمع بين الأختين. فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية. وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه، وانقضت عدتهن، ونكح أربعا سواهن، ثم مات من مرضه، فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات

وعلى الثاني يكون فيه وجهان؛ أحدهما، أن الميراث كله للمطلقات. وعلى الثاني هو بين الثمان. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٢

مالك: الميراث للمطلقات، ولا شيء للمنكوحات؛ لأن نكاحهن غير صحيح عنده. وإن صح من مرضه، فتزوج أربعا في صحته ثم مات، فالميراث لهن في قول الجمهور، ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه. وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا إلا في قوله وقول من وافقه. ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه، وقال: قد أخبرنني بانقضاء عدتهن

فكذبنه، فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها، ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث. وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، واللؤلؤي، إذا كان بعد أربعة أشهر. وقال زفر: لا يجوز له التزويج أيضا. والأول **أصح**؛ لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه، فقبل قوله فيه. فعلى هذا إن تزوج أربعا في عقد واحد، ثم مات، ورثه المطلقات دون المنكوحات، إلا أن يمتن قبله، فيكون الميراث للمنكوحات

وإن أقررن بانقضاء عدتهن، وقلنا: الميراث لهن بعد انقضاء العدة. فالميراث للمنكوحات أيضا. وإن مات منهن ثلاث، فالميراث للباقية. وإن مات منهن واحدة، ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان، أو مات من المطلقات اثنتان، ومن المنكوحات واحدة، فالميراث لباقي المطلقات. وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث، أو من المطلقات اثنتان، ومن المنكوحات اثنتان، أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة، فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا؛ لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع، جاز فكان صحيحا

وإن تزوج المنكوحات في أربعة عقود، فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات. وإن مات اثنتان، ورثت الأولى والثانية. وإن مات ثلاث، ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات، مع من بقي من المطلقات. وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي. وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات.". (١)

٥٣٧. ١٩٧-"تقديم ذي الأرحام على المولى. ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥]

ولنا، حديث عبد الله بن شداد، وحديث الحسن، ولأنه عصبة يعقل عن مولاه، فيقدم على الرد وذوي الرحم، كابن العم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٠٢

[فصل كان للمعتق عصبة أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال]

(٤٩٩٥) فصل: وإن كان للمعتق عصبة من نسبه، أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى. لا نعلم في هذا خلافا؛ لما تقدم من الحديث، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» . وفي لفظ: «فلأولى عصبة ذكر» . والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء؛ لأنه مشبه بالقرابة، والمشبه به أقوى من المشبه، ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة، ولا يتعلق ذلك بالولاء.

[فصل اختلف دين السيد وعتيقه]

(٤٩٩٦) فصل: وإن اختلف دين السيد وعتيقه، فالولاء ثابت. لا نعلم فيه خلافا؛ لعموم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء لمن أعتق» . ولقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين، وكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه بإعتاقه، وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما، ويثبت الولاء للذكر على الأنثى، والأنثى على الذكر، ولكل معتق، لعموم الخبر والمعنى، ولحديث عبد الله بن شداد. وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يرثه.

روي ذلك عن علي، وعمر بن عبد العزيز. وبه قال أهل الظاهر. واحتج أحمد بقول علي: الولاء شعبة من الرق. وقال مالك: يرث المسلم مولاه النصراني؛ لأنه يصلح له تملكه، ولا يرث النصراني مولاه المسلم؛ لأنه لا يصلح له تملكه. وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» . ولأنه ميراث، فيمنعه اختلاف الدين، كميراث النسب

ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث، فمنع الميراث بالولاء، كالقتل والرق، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى، فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ألحق الولاء بالنسب، بقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته، كذلك يمنعه مع صحة الولاء، وثبوته، فإذا اجتمعا على الإسلام، توارثا كالمتناسبين، وهذا **أصح** في الأثر والنظر، إن شاء الله تعالى، فإن كان للسيد عصبة على دين العبد، ورثه دون سيده. وقال داود:

لا يرث عصبته مع حياته.". (١)

٥٣٨. ١٩٨-"للمعتق» . وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . والنسب لا يورث وإنما يورث به، ولأنه معنى يورث به، فلا ينتقل كسائر الأسباب، والله تعالى أعلم.

[مسألة من أعتق سائبة لم يكن له الولاء]

(٥٠٠٠) مسألة؛ قال: (ومن أعتق سائبة، لم يكن له الولاء، فإن أخذ من ميراثه شيئا، رده في مثله) قال أحمد، في رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة، هو الرجل يقول لعبده: قد أعتقتك سائبة. كأنه يجعله لله، لا يكون ولاؤه لمولاه، قد جعله لله وسلمه. عن أبي عمرو الشيباني، عن عبد الله بن مسعود: السائبة يضع ماله حيث شاء. وقال أحمد، قال عمر: السائبة والصدقة ليومها.

ومتى قال الرجل لعبده: أعتقتك سائبة، أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك. لم يكن له عليه ولاء. فإن مات، وخلف مالا، ولم يدع وارثا، اشتري بماله رقاب، فأعتقوا. في المنصوص عن أحمد. وأعتق ابن عمر عبدا سائبة، فمات، فاشترى ابن عمر بماله رقابا فأعتقهم. وقال عمر بن عبد العزيز، والزهري، ومكحول، وأبو العالية، ومالك: يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين

وعن عطاء أنه قال: كنا نعلم أنه إذا قال: أنت حر سائبة. فهو يوالي من شاء. ولعل أحمد، - رحمه الله - ذهب إلى شراء الرقاب استحبابا لفعل ابن عمر. والولاء للمعتق. وهذا قول النخعي، والشعبي، وابن سيرين، وراشد بن سعد، وضمرة بن حبيب، والشافعي، وأهل العراق؛ لقوله - عليه السلام -: «الولاء لمن أعتق. وجعله لحمة كلحمة النسب»

فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط، لا يزول ولاء عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة، قال لها النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اشتريها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» . يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئا، ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل، قال: جاء رجل إلى عبد الله، فقال: إني أعتقت عبدا لي، وجعلته سائبة، فمات، وترك مالا، ولم يدع وارثا، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبون، وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون، وأنت ولي نعمته، فإن تأثمت وتحرجت من شيء فنحن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٠

نقبله، ونجعله في بيت المال

وقال سعيد: ثنا هشيم، ثنا بشر، عن عطاء، أن طارق بن المرقع أعتق سوائب، فماتوا، فكتب إلى عمر - رضي الله عنه - فكتب عمر، أن ادفع مال الرجل إلى مولاه، فإن قبله وإلا فاشتر به رقابا فأعتقهم عنه. وقال: حدثنا هشيم عن منصور، أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة: هو للذي أعتقه. وهذا القول **أصح** في الأثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله، كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه، كفعل

ابن عمر في ميراث معتقه، وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقته لبنى بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة، فأعطاها". (١)

٥٣٩. ١٩٩-"دون أولادهم. ولم يعتق الشافعي إلا عمودي النسب. وعن أحمد، رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب، ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه، فيعتقه.» رواه مسلم.

ولنا: ما روى الحسن، عن سمرة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من ملك ذا رحم محرم، فهو حر» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال حديث حسن. ولأنه ذو رحم محرم، فيعتق عليه بالملك، كعمودي النسب، وكالإخوة والأخوات عند مالك. فأما قوله: " حتى يشتريه فيعتقه " فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له، كما يقال: ضربه فقتله، والضرب هو القتل؛ وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى، جاز عطف صفته عليه، كما يقال: ضربه فأطار رأسه

ومتى عتق عليه، فولاؤه له، لأنه يعتق من ماله بسبب فعله، فكان ولاؤه له، كما لو باشر عتقه، وسواء ملكه بشراء، أو هبة، أو غنيمة، أو إرث، أو غيره. لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا.

[فصل المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم]

(٥٠٠٣) فصل: ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم، كالأم والأخ من الرضاعة، والربيبة، وأم الزوجة، وابنتها إلا أنه حكي عن الحسن، وابن سيرين، وشريك، أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٣

وروي عن ابن مسعود أنه كرهه. والأول **أصح**. قال الزهري: جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاع. ولأنه لا نص في عتقهم، ولا هم في معنى المنصوص عليه، فيبقون على الأصل، ولأنهما لا رحم بينهما، ولا توارث ولا تلزمه نفقته، فأشبه الربيبة وأم الزوجة.

[فصل ملك ولده من الزنى]

(٥٠٠٤) فصل: وإن ملك ولده من الزنى، لم يعتق عليه. على ظاهر كلام أحمد؛ لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه، وهي الميراث والحجب، والمحرمية، ووجوب الإنفاق، وثبوت الولاية له عليه. ويحتمل أن يعتق؛ لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين، عتق عليه، مع انتفاء هذه الأحكام.

[مسألة ولاء المكاتب والمدبر]

(٥٠٠٥) مسألة؛ قال: (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا) هذا قول عامة الفقهاء. وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكى ابن سراقة، عن عمرو بن دينار، وأبي ثور، أنه لا ولاء على المكاتب؛ لأنه اشترى نفسه من سيده، فلم يكن له عليه ولاء، كما لو اشتراه". (١)

٥٤٠. ٢٠٠-"[فصل تزوج المكاتب في كتابته]

(٥٠١٤) فصل: وحكم المكاتب يتزوج في كتابته، فيأتي له أولاد ثم يعتق، حكم العبد القن في جر الولاء، وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة؛ لأنهم عبيد، فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

[فصل انجر الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا]

(٥٠١٥) فصل: إذا انجر الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا، عاد الولاء إلى بيت المال، ولم يرجع إلى موالي الأم بحال. في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن ابن عباس - رضي الله عنهما -، أنه يعود إلى موالي الأم. والأول **أصح**؛ لأن الولاء جرى مجرى الانتساب، ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعد النسبة إلى الأم، كذلك الولاء. فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب، كان ولاء ولدها لموالي أبيه بلا خلاف. فإن نفاه باللعان، عاد ولاؤه إلى موالي الأم؛ لأنا نتبين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٥

فإن عاد فاستلحقه، عاد الولاء إلى موالي الأب.

[فصل لا ينجر الولاء إلا بشروط]

(٥٠١٦) فصل: ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة؛ أحدها، أن يكون الأب عبدا حين الولادة، فإن كان حرا وزوجته مولاة، لم يخل، إما أن يكون حر الأصل، فلا ولاء عليه ولا على ولده بحال وإن كان مولى، ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء، ولا جر فيه الثاني، أن تكون الأم مولاة، فإن لم تكن كذلك لم تخل، إما أن تكون حرة الأصل، فلا ولاء على ولدها بحال، وهم أحرار بحريتها، أو تكون أمة، فولدها رقيق لسيدها، فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال، سواء أعتقهم بعد ولادتهم، أو أعتق أمهم حاملا بهم فعتقوا.

بعتقها؛ لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرة، فلا ينجر عن العتق؛ لقوله – عليه السلام –: «الولاء لمن أعتق» . وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر، فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة، فلا ينجر ولاؤه، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية، لم يحكم بمس الرق له، وانجر ولاؤه؛ لأنه يحتمل أن يكون حادثا بعد العتق، فلم يمسه الرق، ولم يحكم برقه بالشك. وإن كانت المرأة بائنا، وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة، لم يلحق بالأب، وكان ولاؤه لمولى أمه، وإن أتت به لأقل من ذلك، لحقه الولد، وانجر ولاؤه، وولد الأمة مملوك، سواء كان من نكاح أو من سفاح، عربيا كان الزوج أو أعجميا

وهذا قول عامة الفقهاء. وعن عمر: إن كان زوجها عربيا فولده حر، وعليه قيمته، ولا ولاء عليه. وعن أحمد مثله. وبه قال ابن المسيب، والثوري، والأوزاعي، وأبو ثور. وقاله الشافعي في القديم، ثم رجع عنه. والأول أولى؛ لأن أمهم أمة، فكانوا عبيدا، كما لو كان أبوهم أعجميا.". (١)

٥٤١. ٢٠١-"فولاء ولدها لمولى أبيها؛ لأن ولاءها له، فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة، فالولاء لمولى أم أبي الأم، على الوجه الأول؛ لأن مولى أم أبي الأم يثبت له الولاء على أبي الأم، فكان مقدما على المعتقين أمها، ويثبت له الولاء عليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٩

[فصل تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما]

(٥٠٢٣) فصل: في دور الولاء، إذا تزوج عبد معتقة، فأولدها بنتين، فاشترتا أباهما، عتق عليهما، ولهما عليه الولاء، وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها إليها؛ لأنها أعتقت نصف الأب، ولا ينجر الولاء الذي عليها، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها. فإن مات الأب، فماله لهما ثلثاه بالبنوة، وباقيه بالولاء. فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب، ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها، فصار لها ثلاثة أرباع مالها، والربع الباقي لمولى أمها. فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها، فمالها لأبيها. ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها؛ لكونها بنته، ونصف الباقي وهو الربع، لكونها مولاة نصفه، يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت؛ لأنها مولاة نصف أختها، صار لها سبعة أثمان ميراثه، ولمولى أم الميتة، الثمن. فإن ماتت البنت الباقية بعدهما، فمالها لمواليها، نصفه لمولى أمها، ونصفه لمولى أختها الميتة، وهم أختها وموالي أمها، فنصفه لمولى أمها، وهو الربع، والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة، فهذا الجزء دائر؛ لأنه خرج من هذه الميتة، ثم دار إليها، فقال القاضي: يجعل في بيت المال؛ لأنه لا مستحق له نعلمه. وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك، والشافعي. وقال بعض الشافعية، وبعض المدنيين: هو لمولى أم الميتة. وهذا قول الجمهور. وهاتان المسألتان أصل في دور الولاء، وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه، وهذا أصح ما قيل فيها، إن شاء الله، فإن ماتت الابنتان قبل الأب، ورث مالهما بالنسب. فإن مات بعدهما، فماله يقسم على ثمانية أسهم، لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم، سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها، يقسمان أيضا لمولى أمها سهم، وسهم دائر يرجع إلى بيت المال، فيحصل لبيت المال الربع، ولمولى أمها ثلاثة أرباع. فإن كن ثلاثا ماتت إحداهن قبل الأب، والأخرى بعده، فمال الأب على سبعة وعشرين، لابنتيه ثلثاها بالنسب، وثلثا الباقي بولائهما عليه، وثلث الباقي بولائهما على أختهما، ويبقى لمولى الأم سهم، ومال الثانية على ثمانية عشر، للحية تسعة بالنسب، وثلاثة بولائها عليها، ولمولى أمها ثلاثة، ويبقى ثلاثة لموالي الميتة الأولى للحية سهم، ولمولى أمها سهم، ويبقى سهم دائر، فمن جعله لبيت المال، دفعه إليه، ومن جعله لمولى الأم، فهو له، ومن لم يدفعه، قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين، وترجع بالاختصار إلى أربعة، فإن كانت أمهاتهن شتى فمن اثني عشر. فإن اشترى الابنتان

أباهما، ثم اشترى أبوهما هو والكبرى". (١)

٥٤٢. ٢٠٢-"من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه، ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة. فأما رواية الخرقي في بنت المعتق، فوجهها ما روى إبراهيم النخعي، أن مولى لحمزة مات، وخلف بنتا، فورث النبي - صلى الله عليه وسلم - بنته النصف، وجعل لبنت حمزة النصف. والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة. قال عبد الله بن شداد: «كان لبنت حمزة مولى أعتقته، فمات، وترك ابنته ومولاته بنت حمزة، فرفع ذلك إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف» . قال عبد الله بن شداد: أنا أعلم بها؛ لأنها أختي من أمي، أمنا سلمى. رواه ابن اللبان بإسناده، وقال: هذا أصح مما روى إبراهيم. ولأن البنت من النساء، فلا ترث بالولاء كسائر النساء. فأما توريث المرأة من معتقها، ومعتق معتقها، ومن جر ولاء معتقها، فليس فيه اختلاف بين أهل العلم. وقد نص النبي - صلى الله عليه وسلم - على ذلك، فإن عائشة «أرادت شراء بريرة لتعتقها، ويكون ولاؤها لها، فأراد أهلها اشتراط ولائها، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اشتريها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق.» متفق عليه. وقال - عليه السلام -: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه.» قال الترمذي: هذا حديث حسن. ولأن المعتقة منعمة بالإعتاق، كالرجل، فوجب أن تساويه في الميراث. وفي حديث مولى بنت حمزة، الذي ذكرناه، تنصيص على توريث المعتقة.

وأما معتق أبيها، فهو بمنزلة عمها، أو عم أبيها فلا ترثه، ويرثه أخوها، كالنسب. ومن مسائل ذلك: رجل مات وخلف ابن معتقه، وبنت معتقه، فالميراث لابن معتقه خاصة. وعلى الرواية الأخرى، يكون الميراث بينهما أثلاثا. فإن لم يخلف إلا بنت معتقه، فلا شيء لها، وماله لبيت المال، إلا على الرواية الأخرى، فإن الميراث لها. وإن خلف أخت معتقه، فلا شيء لها، رواية واحدة. وكذلك إن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما. وإن خلف أخا معتقه وأخت معتقه، فالميراث للأخ. ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه، أو ابن معتق معتقه، فالمال له دون البنت، إلا على الرواية الأخرى، فإن لها النصف، والباقي للعصبة. وإن خلف بنته ومعتقه، فلبنته النصف والباقي لمعتقه، كما في قصة مولى بنت حمزة؛ فإنه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته، فأعطى النبي - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٣/٦

وسلم - بنته النصف، والباقي لمولاته. وإن خلف ذا فرض سوى البنت، كالأم، أو الجدة أو الأخت، أو الأخ من الأم، أو الزوج، أو الزوجة، أو من لا يستغرق فرضه المال أومولاه أو مولاته، فإن لذي الفرض فرضه، والباقي لمولاه أو مولاته. في قول جمهور العلماء. وقد سبق ذكر ذلك. رجل وابنته، أعتقا عبدا، ثم مات الأب، وخلف ابنه وبنته، فماله بينهما أثلاثا، ثم مات العبد، فللبنت النصف؛ لأنها مولاة نصفه، والباقي لابن المعتق خاصة، إلا على الرواية الضعيفة، فإن الباقي يكون بينهما على". (١)

٥٤٣. ٢٠٣-"[كتاب الوديعة]

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨] . وقوله تعالى ﴿فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة: ٢٨٣] . وأما السنة فقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» وروي عنه - عليه السلام - «، أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر عليا أن يردها على أهلها»

وأما الإجماع، فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع، والعبرة تقتضيها، فإن بالناس إليها حاجة، فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظ لهم. الوديعة فعيلة، من ودع الشيء: إذا تركه، أي هي متروكة عند المودع. واشتقاقها من السكون. يقال: ودع، يدع. فكأنها ساكنة عند المودع. مستقرة. وقيل: هي مشتقة من الخفض والدعة، فكأنها في دعة عند المودع. وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة؛ لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته

وهي عقد جائز من الطرفين، متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها؛ لقوله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨] فإن أراد المستودع ردها على صاحبها، لزمه قبولها؛ لأن المستودع متبرع بإمساكها؛ فلا يلزمه التبرع في المستقبل.

[مسألة ليس على مودع ضمان إذا لم يتعد]

(٥٠٤٠) مسألة؛ قال: (وليس على مودع ضمان، إذا لم يتعد) وجملته أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٥/٦

بغير تفريط من المودع، فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب. هذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن أبي بكر، وعلي، وابن مسعود - رضي الله عنهم -. وبه قال شريح، والنخعي، ومالك، وأبو الزناد والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحابالرأي. وعن أحمد رواية أخرى، إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها؛ لما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله. قال القاضي: والأولى **أصح**؛ لأن الله تعالى سماها أمانة

والضمان ينافي الأمانة. ويروى عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ليس على المستودع ضمان» . ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم. ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعديه وتفريطه، كالذي ذهب". (١)

٥٤٤. ٢٠٤-"كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» .

والمراد بالصدقة ها هنا الزكاة المفروضة، دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا. ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف، إلا ما روي عن عطاء، والحسن، أنهما قالا: ما أعطيت في الجسور والطرق، فهي صدقة ماضية. والأول **أصح**؛ وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿إنما الصدقات﴾ [التوبة: ٦٠] . و " إنما " للحصر تثبت المذكور، وتنفي ما عداه؛ لأنها مركبة من حرفي نفي وإثبات، فجرى مجرى قوله تعالى: ﴿إنما الله إله واحد﴾ [النساء: ١٧١] .

أي لا إله إلا الله. وقوله تعالى: ﴿إنما أنت منذر﴾ [الرعد: ٧] . أي ما أنت إلا نذير. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " إنما الولاء لمن أعتق ".

[مسألة الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرفة لهم]

(٥٠٩٧) مسألة؛ قال: (الفقراء، وهم الزمنى، والمكافيف الذين لا حرفة لهم، والحرفة الصناعة، ولا يملكون خمسين درهما، ولا قيمتها من الذهب. والمساكين، وهم السؤال، وغير السؤال، ومن لهم الحرفة، إلا أنهم لا يملكون خمسين درهما، ولا قيمتها من الذهب) الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة، وصنف

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٦/٦

واحد في سائر الأحكام؛
لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما، فأما إذا جمع بين الاسمين، وميز بين المسميين تميزا، وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى، إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين، من قبل أن الله تعالى بدأ به، وإنما يبدأ بالأهم فالأهم. وبهذا قال الشافعي. والأصمعي. وذهب أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة. وبه قال الفراء، وثعلب، وابن قتيبة، لقول الله تعالى: ﴿أو مسكينا ذا متربة﴾ [البلد: ١٦] . وهو المطروح على التراب لشدة حاجته، وأنشدوا:
أما الفقير الذي كانت حلوبته ... وفق العيال فلم يترك له سبد
فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله.
ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء، فيدل على أنهم أهم، وقال تعالى: ﴿أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر﴾ [الكهف: ٧٩] . فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «اللهم أحيني مسكينا، وأمتني مسكينا، واحشرني في زمرة المساكين. وكان يستعيذ من الفقر»". (١)

٥٤٥. ٢٠٥–"فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الأصناف، كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيهما، ولأن هذا يأخذ لحاجتنا إليه، فأشبه العامل والمؤلف، فأما أهل سائر السهمان، فإنما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته إليها، دون من يأخذ لحاجتنا إليه. فإذا تقرر هذا، فمن قال، إنه يريد الغزو. قبل قوله؛ لأنه لا يمكن إقامة البينة على نيته، ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارسا، وحمولته ودرعه ولباسه وسائر ما يحتاج إليه لغزوه، وإن كثر ذلك، ويدفع إليه دفعا مراعى، فإن لم يغز رده؛ لأنه أخذه كذلك، وإن غزا وعاد، فقد ملك ما أخذه؛ لأننا دفعنا إليه قدر الكفاية
وإنما ضيق على نفسه. وإن مضى إلى الغزو، فرجع من الطريق، أو لم يتم الغزو الذي دفع إليه من أجله، رد ما فضل معه؛ لأن الذي أخذ لأجله لم يفعله كله.
(٥١٢٠) فصل: وإنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان، وإنما يتطوعون بالغزو إذا نشطوا. قال أحمد: ويعطى ثمن الفرس، ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه؛ لأن الواجب إيتاء الزكاة، فإذا اشتراها بنفسه، فما أعطى إلا فرسا. وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة. وقال

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٩/٦

في موضع آخر: إن دفع ثمن الفرس وثمن السيف، فهو أعجب إلي، وإن اشتراه هو، رجوت أن يجزئه. وقال أيضا: يشتري الرجل من زكاته الفرس، ويحمل عليه، والقناة، ويجهز الرجل؛ وذلك لأنه قد صرف الزكاة في سبيل الله، فجاز، كما لو دفعها إلى الغازي فاشترى بها. قال: ولا يشتري من الزكاة فرسا يصير حبيسا في سبيل الله، ولا دارا، ولا ضيعة يصيرها في سبيل الله للرباط، ولا يقفها على المجاهدين. لأنه لم يؤت الزكاة لأحد، وهو مأمور بإتيانها. قال: ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله؛ لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفا لزكاته، كما لا يجوز أن يقضي بها دينه، ومتى أخذ الفرس التي اشتريت بماله، صار مصرفا لزكاته.

[مسألة يصرف من الزكاة في الحج]

(٥١٢١) مسألة؛ قال: (ويعطى أيضا في الحج، وهو من سبيل الله) ويروى هذا عن ابن عباس. وعن ابن عمر، الحج في سبيل الله. وهو قول إسحاق؛ لما روي «أن رجلا جعل ناقة له في سبيل الله، فأرادت امرأته الحج، فقال لها النبي - صلى الله عليه وسلم -: اركبيها، فإن الحج في سبيل الله» . وعن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى، لا يصرف منها في الحج. وبه قال مالك، وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. وهذا أصح؛ لأن سبيل الله عند". (١)

٥٤٦. ٢٠٦-"رواية أخرى، أنه إذا بلغ عشرا زوج، وتزوج، وطلق، وأجيزت وكالته في الطلاق. وهذا يحتمله كلام الخرقي؛ لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا، ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته وطلاقه، فثبتت له الولاية كالبالغ. والأول اختيار أبي بكر، وهو الصحيح؛ لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال، لأنها تنفيذ التصرف في حق غيره اعتبرت نظرا له، والصبي مولى عليه لقصوره، فلا تثبت له الولاية، كالمرأة.

الشرط السادس، العدالة. في كونها شرطا روايتان؛ إحداهما، هي شرط. قال أحمد: إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح. فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المتولي له. وهذا قول الشافعي؛ وذلك لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنه قال: لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد. قال أحمد: أصح شيء في هذا قول ابن عباس، وقد روي - يعني عن ابن عباس

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٨٣

قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل. وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل»

وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل» . ولأنها ولاية نظرية، فلا يستبد بها الفاسق، كولاية المال. والرواية الأخرى، ليست بشرط. نقل مثنى بن جامع، أنه سأل أحمد: إذا تزوج بولي فاسق، وشهود غير عدول؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء، وهذا ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه ذكر الطفل والعبد والكافر، ولم يذكر الفاسق. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي؛ لأنه يلي نكاح نفسه، فتثبت له الولاية على غيره، كالعدل، ولأن سبب الولاية القرابة، وشرطها النظر، وهذا قريب ناظر، فيلي كالعدل

(٥١٧١) فصل: ولا يشترط أن يكون بصيرا؛ لأن شعيبا – عليه السلام –، زوج ابنته وهو أعمى، ولأن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة، فلا يفتقر إلى النظر. ولا يشترط كونه ناطقا، بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة؛ لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام، فكذلك في النكاح.

[فصل من لم تثبت له الولاية في النكاح لا يصح توكيله]

(٥١٧٢) فصل: ومن لم تثبت له الولاية، لا يصح توكيله؛ لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه. وإن وكله الولي في تزويج موليته، لم يجز؛ لأنها ولاية، وليس هو من أهلها، ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب، فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى.". (١)

٥٤٧. ٢٠٧-"أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال، بإجماع أهل العلم، منهم؛ مالك، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحابالرأي. وقال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وقال أبو الخطاب في الذمي: إذا أسلمت أم ولده، هل يلي نكاحها؟ على وجهين؛ أحدهما، يليه؛ لأنها مملوكته، فيلي نكاحها كالمسلم، ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها. والثاني، لا يليه؛ لقول الله تعالى ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١] ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢/٧

فعلى هذا يزوجها الحاكم

وهذا أولى؛ لما ذكرنا من الإجماع. وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة، غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة؛ وذلك لقول الله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] . ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر، ولا يعقل عنه، فلم يل عليه، كما لو كان أحدهما رقيقا. وأما سيد الأمة الكافرة، فله تزويجها لكافر؛ لكونها لا تحل للمسلمين، وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر؛ لأنها ولاية بالملك، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلما، كسائر الولايات، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج. ولا ولي لها غير سيدها

فأما السلطان، فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة؛ لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام، وهذه من أهل الدار، فتثبت له الولاية عليها، كالمسلمة. وأما الكافر، فتثبت له الولاية على أهل دينه، على حسب ما ذكرناه في المسلمين، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان، بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين.

[فصل إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه]

(٥١٨٠) فصل: إذا تزوج المسلم ذمية، فوليها الكافر يزوجها إياه. ذكره أبو الخطاب. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه وليها، فصح تزويجه لها، كما لو زوجها كافرا، ولأن هذه امرأة لها ولي مناسب، فلم يجز أن يليها غيره، كما لو تزوجها ذمي

وقال القاضي: لا يزوجها إلا الحاكم؛ لأن أحمد قال: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقدة نكاح لمسلم ولا مسلمة. ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين، فلم يصح بولاية كافر، كنكاح المسلمين، والأول **أصح**، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم، بخلاف الولاية.". (١)

٥٤٨. ٢٠٨-"[مسألة إذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها]

(٥١٨١) مسألة؛ قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه، وهو حاضر، ولم يعضلها، فالنكاح فاسد) . هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة؛ أحدها، أنه إذا زوجها الولي الأبعد، مع حضور الولي الأقرب، فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه، لم يصح. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يصح؛ لأن هذا ولي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٧

فصح له أن يزوجها بإذنها كالأقرب. ولنا، أن هذا مستحق بالتعصيب، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب، كالميراث، وبهذا فارق القريب البعيد.

الحكم الثاني، أن هذا العقد يقع فاسدا، لا يقف على الإجازة، ولا يصير بالإجازة صحيحا، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده، فالنكاح في هذا كله باطل، في أصح الروايتين. نص عليه أحمد في مواضع. وهو قول الشافعي، وأبي عبيد وأبي ثور. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يقف على الإجازة؛ فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فسد. قال أحمد، في صغير زوجه عمه: فإن رضي به في وقت من الأوقات، جاز، وإن لم يرض، فسخ
وإذا زوجت اليتيمة، فلها الخيار إذا بلغت. وقال: إذا زوج العبد بغير إذن سيده، ثم علم السيد، فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد، فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد. وهذا قول أصحاب الرأي، في كل مسألة يعتبر فيها الإذن. وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وعن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وإسحاق، وأبي يوسف، ومحمد؛ لما روي «أن جارية بكرا أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم -» رواه أبو داود، وابن ماجه. وروي «أن فتاة جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها. فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئا.» رواه ابن ماجه والنسائي.
وفي رواية ابن ماجه: «أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء» . ولأنه عقد يقف على الفسخ، فوقف على الإجازة، كالوصية
ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل.» وقال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده، فنكاحه باطل» ، رواه أبو داود، وابن ماجه.". (١)

٥٤٩. ٢٠٩-"عذرتها. ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا، ولا حكمها حكمهن؛ لأنها غير موطوءة في القبل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨/٧

[فصل اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول]

(٥٢١٠) فصل: إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول، فالقول قولها، في قول أكثر الفقهاء. وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم، وفي البكر: القول قول الزوج؛ لأن الأصل السكوت، والكلام حادث والزوج يدعي الأصل، فالقول قوله. ولنا، أنها منكرة الإذن، والقول قول المنكر، ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت، والأصل عدم ذلك، وهذا جواب على قوله إن الأصل معه. وإن اختلفا بعد الدخول، فقال القاضي: القول قول الزوج؛ ولأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح، فكان الظاهر معه

وهل تستحلف المرأة إذا قلنا: القول قولها؟ قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد: تستحلف. فإن نكلت، فقال أبو يوسف، ومحمد: يثبت النكاح. وقال الشافعي: يستحلف الزوج، ويثبت النكاح. ولنا، أنه اختلاف في زوجية، فلا يثبت بالنكول، ولا يحلف المدعي معه، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج، فالقول قولها؛ لأنه اختلاف في أمر يختص بها، صادر من جهتها، فالقول قولها فيه، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعي صحة العقد، وهم يدعون فساده، فالظاهر معها.

[فصل إذن المجنونة في النكاح]

(٥٢١١) فصل: في المجنونة، إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة، جاز تزويجها لمن يملك إجبارها؛ لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها، فمع عدمه أولى. وإن كانت ممن لا تجبر، انقسمت ثلاثة أقسام؛ أحدها، أن يكون وليها الأب أو وصيه، كالثيب الكبيرة، فهذه يجوز لوليها تزويجها. ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه جعل للأب تزويج المعتوه، فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي، وأبي حنيفة. ومنع منه أبو بكر؛ لأنها ولاية إجبار، وليس على الثيب ولاية إجبار

والأول أصح؛ فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها، لحصول المباشرة منها والخبرة، وهذه بخلاف ذلك. وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة، إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها، إذا كانت عاقلة.

القسم الثاني، أن يكون وليها الحاكم، ففيها وجهان؛". (١)

٥٥٠. ٢١٠-"الزيادة فيها على عوض المثل، كبيع ماله. وهذا مذهب الشافعي. وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، فهذا مثله، فإنه قد يرى المصلحة في ذلك، فجاز له بذل المال فيه، كما يجوز في مداواته، بل الجواز هاهنا أولى؛ فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون، إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة. وذكر القاضي، في " المجرد "، أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة؛ لعدم حاجته إلى زيادة عليها، فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه

وذكر في " الجامع "، أن له تزويج ابنه الصغير بأربع؛ لأنه قد يرى المصلحة فيه، وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به في النكاح؛ لأن فيه ضررا به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه، فإن فعل، خرج في صحة النكاح وجهان. فإن قلنا: يصح. فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين، مضى توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب. ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي، أو عقل المجنون، فلهما الفسخ، وليس له تزويجه بأمة؛ لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت، وهو معدوم في حق الصبي، غير معدوم في المجنون.

[فصل إذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن]

(٥٢٢٢) فصل: وإذا زوج ابنه، تعلق الصداق بذمة الابن، موسرا كان أو معسرا؛ لأنه عقد للابن، فكان عليه بذله، كثمن المبيع. وهل يضمنه الأب؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يضمنه. نص عليه، فقال: تزويج الأب لابنه الطفل جائز، ويضمن الأب المهر؛ لأنه التزم العوض عنه، فضمنه، كما لو نطق بالضمان. والأخرى، لا يضمنه؛ لأنه عقد معاوضة، ناب فيه عن غيره، فلم يضمن عوضه، كثمن مبيعه، أو كالوكيل. قال القاضي: هذا أصح. وقال: إنما الروايتان فيما إذا كان الابن معسرا، أما الموسر، فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة، فإن طلق قبل الدخول، سقط نصف الصداق

فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه، رجع نصفه إلى الابن، وليس للأب الرجوع فيه، بمعنى الرجوع في الهبة؛ لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه، فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن. ويحتمل أن يرجع فيه؛ لأنه تبرع عن ابنه، فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧

وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير، ثم طلق قبل الدخول. وإن ارتدت قبل الدخول، فالحكم في الرجوع في جميعه، كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق.". (١)

٥٥١. ٢١١-"[فصل اختلاف الزوجين في زمن إسلامهما]

(٥٤٣٥) فصل: في اختلاف الزوجين، لا يخلو اختلافهما من حالين؛ أحدهما، أن يكون قبل الدخول، ففيه مسألتان (٥٤٣٦) : المسألة الأولى: أن يقول الزوج: أسلمنا معا، فنحن على النكاح. وتقول هي: بل أسلم أحدنا قبل صاحبه، فانفسخ النكاح. فقال القاضي: القول قول المرأة؛ لأن الظاهر معه؛ إذ يبعد اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة، والقول قول من الظاهر معه، ولذلك كان القول قول صاحب اليد. وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر، أن القول قول الزوج؛ لأن الأصل بقاء النكاح، والفسخ طارئ عليه، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر، وللشافعي قولان، كهذين الوجهين

(٥٤٣٧) المسألة الثانية، أن يقول الزوج: أسلمت قبلي، فلا صداق لك. وتقول هي: أسلمت قبلي، فلي نصف الصداق. فالقول قولها؛ لأن المهر وجب بالعقد، والزوج يدعي ما يسقطه، والأصل بقاؤه، ولم يعارضه ظاهر فبقي. فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه، ولا يعلمان عينه، فلها نصف الصداق. كذلك ذكره أبو الخطاب. وقال القاضي: إن لم تكن قبضت، فلا شيء؛ لها لأنها تشك في استحقاقها، فلا تستحق بالشك، وإن كان بعد القبض، لم يرجع عليها؛ لأنه يشك في استحقاق الرجوع، ولا يرجع مع الشك

والأول أصح؛ لأن اليقين لا يزال بالشك، وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث، أو تيقن الحدث وشك في الطهارة، بنى على اليقين، وهذه قد كان صداقها واجبا لها، وشكا في سقوطه، فيبقى على الوجوب.

وأما إن اختلفا بعد الدخول، ففيه أيضا مسألتان؛ (٥٤٣٨) المسألة الأولى: أن يقول: أسلمنا معا. أو أسلم الثاني في العدة، فنحن على النكاح. وتقول هي: بل أسلم الثاني بعد العدة، فانفسخ النكاح. ففيه وجهان؛ أحدهما، القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح. والثاني، القول قولها؛ لأن الأصل عدم

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٧

إسلام الثاني

(٥٤٣٩) المسألة الثانية، أن تقول: أسلمت قبلك، فلي نفقة العدة. ويقول هو: أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها؛ لأن الأصل وجوب النفقة. وهو يدعي سقوطها. وإن قال: أسلمت بعد شهرين من إسلامي، فلا نفقة لك فيهما. وقالت: بعد شهر. فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني.

فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح، وأنكرته، انفسخ النكاح، لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه، فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع، فكذبته.". (١)

٥٥٢. ٢١٢-"وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها؛ لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد، فلم يمكن اختيارها، والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها، فتعين النكاح فيها بخلاف الأختين

(٥٤٥٨) الفصل الثاني: إذا دخل بهما، حرمتا على التأبيد، الأم لأنها أم زوجته، والبنت لأنها ربيبته من زوجته التي دخل بها قال. ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وهذا قول الحسن، وعمر بن عبد العزيز، وقتادة، ومالك، وأهل الحجاز، والثوري، وأهل العراق، والشافعي، ومن تبعهم. وإن دخل بالأم وحدها، فكذلك؛ أن البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها، والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها

وإن دخل بالبنت وحدها، ثبت نكاحها، وفسد نكاح أمها، كما لو لم يدخل بهما. ولو لم تسلم معه إلا إحداهما، كان الحكم كما لو أسلمتا معه معا؛ فإن كانت المسلمة هي الأم، فهي محرمة عليه على كل حال، وإن كانت البنت، ولم يكن دخل بأمها، ثبت نكاحها، وإن كان دخل بأمها، فهي محرمة على التأبيد. ولو أسلم وله جاريتان، إحداهما أم الأخرى، وقد وطئهما جميعا حرمتا عليه على التأبيد، وإن كان قد وطئ إحداهما، حرمت الأخرى على التأبيد، ولم تحرم الموطوءة، وإن كان لم يطأ واحدة منهما، فله وطء أيتهما شاء، فإذا وطئها، حرمت الأخرى على التأبيد. والله أعلم.

[مسألة أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة]

(٥٤٥٩) مسألة؛ قال: ولو أسلم عبد، وتحته زوجتان، قد دخل بهما، فأسلمتا في العدة، فهما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٦/٧

زوجتاه، ولو كن أكثر، اختار منهن اثنتين وجملة ذلك أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على الأربع، فإذا أسلم وتحته زوجتان، فأسلمتا معه، أو في عدتهما، لزم نكاحهما، حرتين كانتا أو أمتين، أو حرة وأمة؛ لأن له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه، فكذلك في اختياره وإن كن أكثر، اختار منهن اثنتين، أيتهن شاء، على ما مضى في الحر، فلو كان تحته حرتان وأمتان، فله أن يختار الحرتين أو الأمتين، أو حرة، وأمة، وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه؛ لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد، ولم يتجدد رقه بالإسلام، ولا تجددت حريتها بذلك، فلم يكن لها خيار، كما لو تزوجت معيبا تعلم عيبه ثم أسلما. وذكر القاضي وجها، أن لها الخيار؛ لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام، فكأنه عيب حادث. والأول **أصح**؛ فإن الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء، ولم يتجدد نقصه بالإسلام، فهو كسائر العيوب". (١)

٥٥٣. ٢١٣-"ولهذا لو دعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها، ولو عتقت تحت عبد، لم يملك إجبارها على الفسخ.

[مسألة عتقت الأمة وزوجها عبد]

(٥٥١٥) مسألة؛ قال: وإذا عتقت الأمة، وزوجها عبد، فلها الخيار في فسخ النكاح. أجمع أهل العلم على هذا، ذكره ابن المنذر، وابن عبد البر، وغيرهما

والأصل فيه خبر بريرة، قالت عائشة: «كاتبت بريرة، فخيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في زوجها، وكان عبدا، فاختارت نفسها.» قال عروة: ولو كان حراما ما خيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. رواه مالك، في " الموطأ "، وأبو داود، والنسائي.، ولأن عليها ضررا في كونها حرة تحت عبد، فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر، فبان عبدا، فإن اختارت الفسخ فلها فراقه، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك؛ لأنها أسقطت حقها. وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله تعالى.

[فصل عتقت تحت حر]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٦٤

(٥٥١٦) فصل: وإن عتقت تحت حر، فلا خيار لها. وهذا قول ابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، وسليمان بن يسار، وأبي قلابة، وابن أبي ليلى ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق وقال طاوس، وابن سيرين، ومجاهد، والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، والثوري وأصحابالرأي: لها الخيار؛ لما روى الأسود، عن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «خير بريرة، وكان زوجها حرا.» رواه النسائي. ولأنها كملت بالحرية، فكان لها الخيار، كما لو كان زوجها عبدا

ولنا، أنها كافأت زوجها في الكمال، فلم يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم. فأما خبر الأسود عن عائشة، فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة، أن زوج بريرة كان عبدا. وهما أخص بها من الأسود؛ لأنهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الأعمش، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة، أن زوج بريرة كان عبدا. فتعارضت روايتاه. وقال ابن عباس: كان زوج بريرة عبدا أسود لبني المغيرة، يقال له: مغيث. رواه البخاري، وغيره.

وقالت صفية بنت أبي عبيد: كان زوج بريرة عبدا أسود.

قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة: إنه عبد. رواية علماء المدينة وعملهم، وإذا روى أهل المدينة حديثا وعملوا به، فهو أصح شيء، وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده، فأما غيره فليس بذاك

قال: والعقد صحيح، فلا يفسخ بالمختلف فيه، والحر فيه اختلاف، والعبد لا اختلاف فيه، ويخالف الحر العبد؛ لأن العبد ناقص، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده، بخلاف الحر.". (١)

٥٥٤. ٢١٤-"[فصل إن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار]

(٥٥٣٠) فصل: وإن عتق زوج الأمة، لم يثبت له خيار؛ لأن عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح، ولذلك لا تعتبر الكفاءة إلا في الرجل دون المرأة. ولو تزوج امرأة مطلقا، فبانت أمة، لم يثبت له خيار. ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا، فبان عبدا كان لها الخيار، وكذلك في الاستدامة، لكن إن عتق ووجد الطول لحرة، فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين، تقدم ذكرهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٢/٧

[فصل عتقت الأمة فقالت لزوجها زدني في مهري]

(٥٥٣١) فصل: وإذا عتقت الأمة، فقالت لزوجها: زدني في مهري. ففعل، فالزيادة لها دون سيدها، سواء كان زوجها حرا أو عبدا، وسواء عتق معها، أو لم يعتق. نص عليه أحمد، فيم إذا زوج عبده من أمته ثم عتقا جميعا، فقالت الأمة: زدني في مهري. فالزيادة للأمة لا للسيد. فقيل: أرأيت إن كان الزوج لغير السيد، لمن تكون الزيادة؟ قال: للأمة

وعلى قياس هذا، لو زوجها سيدها، ثم باعها، فزادها زوجها في مهرها، فالزيادة للثاني. وقال القاضي: الزيادة للسيد المعتق في الموضعين، على قياس المذهب؛ لأن من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الأول، فتكون كالمذكورة فيه. والذي قلناه أصح؛ لأن الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها، بعد زوال ملك سيدها عنها، فيكون لها، ككسبها والموهوب لها

وقولنا: إن الزيادة تلحق بالعقد. معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها، ويصير الجميع صداقا، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتا فيها، وكان لسيدها، فإن هذا محال، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق، فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه؛ لأنه يؤدي إلى تقدم الحكم قبل سببه، ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته، وكان له نماؤه. وهذا أظهر من أن نطيل فيه.

[باب أجل العنين والخصي غير المجبوب]

العنين: هو العاجز عن الإيلاج. وهو مأخوذ من عن. أي: اعترض؛ لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه، أي يعترض، والعنن الاعتراض. وقيل: لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله، فلا يقصده. فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به، ويستحق به فسخ النكاح، بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها، ويعلم حاله بها. وهذا قول عمر، وعثمان، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة، - رضي الله عنهم -

وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، وعمرو بن دينار، والنخعي، وقتادة، وحماد بن أبي سليمان. وعليه فتوى فقهاء الأمصار، منهم؛ مالك، وأبو حنيفة وأصحابه والثوري، والأوزاعي والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد وشذ الحكم بن عيينة، وداود، فقالا: لا يؤجل، وهي امرأته

وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه -؛ لأن". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٩/٧

٥٥٥. ٢١٥-"أرطال زيت.

وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل، كثوب أو دابة أو حيوان، أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي، أو على حنطة أو شعير أو زيت، أو على ما اكتسبه في العام، لم يصح؛ لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط، فيتعذر تسليمه. وفي الأول يصح؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «العلائق ما تراضى عليه الأهلون» .

وهذا قد تراضوا عليه، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال، فثبت مطلقا كالدية، ولأن جهالة التسمية ها هنا أقل من جهالة مهر المثل، لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها، ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح، فهاهنا مع قلة الجهل فيه أولى ويفارق البيع؛ فإنه لا يحتمل فيه الجهالة بحال، وقال مالك: يصح مجهولا؛ لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره وقال أبو الخطاب: إن تزوجها على عبد من عبيده، أو قميص من قمصانه، أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح، لأن؛ أحمد قال في رواية مهنا، في من تزوج على عبد من عبيده: جائز، فإن كانوا عشرة عبيد، تعطى من أوسطهم، فإن تشاحا أقرع بينهم. قلت: وتستقيم القرعة في هذا؟ قال: نعم. ووجهه أن الجهالة ها هنا يسيرة، ويمكن التعيين بالقرعة، بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا، فإن الجهالة تكثر، فلا يصح.

ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة، فلم يصح مجهولا، كعوض البيع والإجارة، ولأن المجهول لا يصلح عوضا في البيع، فلم تصح تسميته كالمحرم، وكما لو زادت جهالته على مهر المثل، وأما الخبر، فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا، بدليل سائر ما لا يصلح، وأما الدية، فإنها تثبت بالشرع، لا بالعقد، وهي خارجة عن القياس في تقديرها، ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه، مقدر بقيمته، فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين؟ ثم ليست عقدا، وإنما الواجب بدل متلف، لا يعتبر فيه التراضي، فهو كقيم المتلفات، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى، أصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأما مهر المثل، فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة، كما تجب قيم المتلفات، وإن كانت تحتاج إلى نظر، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية، ولا نصير إلى عبد مطلق، ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري، فإنا نصير إلى تقويمه، ولا نوجب العبد المطلق، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر

المثل، فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب، فيكون إذا معلوما، والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه، لكثرة أنواع". (١)

٥٥٦. ٢١٦-"وإن قال الزوج: أنا أعطيكها مع ظروفها. فقال القاضي: يلزمها قبولها؛ لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها. ويحتمل أن لا يلزمها قبولها؛ لأن الظروف عين ماله، فلا يلزمها قبولها، كالمنفصلة عنها. (٥٦٥١) فصل: فإن كانت بحالها، إلا أن الصقر المتروك على الثمرة ملك الزوج، فإنه ينزع الصقر، ويرد الثمرة، والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص، كالتي قبلها.

وإن قال: أنا أسلمها مع الصقر والظروف. فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما. وفي الموضع الذي حكمنا أن له رده، إذا قالت: أنا أرد الثمرة، وآخذ الأصل. فلها ذلك في أحد الوجهين. والآخر، ليس لها ذلك. مبنيان على تفريق الصفقة في البيع، وقد ذكرناها في موضعها.

[فصل كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه]

(٥٦٥٢) فصل: إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج، عالما بزوال ملكه، وتحريم الوطء عليه، فعليه الحد؛ لأنه وطء في غير ملكه، وعليه المهر لسيدتها، أكرهها أو طاوعته؛ لأن المهر لمولاتها، فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها، كما لو بذلت يدها للقطع، والولد رقيق للمرأة.

وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها، كما حكي عن مالك، أو كان غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه، فلا حد عليه للشبهة، وعليه المهر، والولد حر لا حق نسبه به، وعليه قيمته يوم ولادته، ولا تصير أم ولد له، وإن ملكها بعد ذلك، لأنه لا ملك فيها، وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها، وبين أخذ قيمتها؛ لأنه نقصها بإحبالها، وهل لها الأرش مع ذلك؟ يحتمل أن لها الأرش؛ لأنها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك.

وقال بعض أصحاب الشافعي في الأرش هاهنا قولان. وقال بعضهم: ينبغي أن يكون لها المطالبة بالأرش، قولا واحدا؛ لأن النقص حصل بفعله الذي تعدى به، فهو كالغاصب، وكما لو طالبته فمنع تسليمها. وهذا أصح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢١/٧

[فصل أصدق ذمي ذميه خمرا فتخللت في يدها]

(٥٦٥٣) فصل: إذا أصدق ذمي ذميه خمرا، فتخللت في يدها، ثم طلقها قبل الدخول، احتمل أن لا يرجع عليها بشيء؛ لأنها قد زادت في يدها بالتخلل، والزيادة لها، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل، فلا قيمة لها، وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض، وحينئذ لا قيمة لها، وإن تخللت في يد الزوج، ثم طلقها، فلها؛ لأن الزيادة لها. ويحتمل أن يكون الخل له، وعليه نصف مهر مثلها، إذا ترافعا إلينا قبل القبض، أو أسلما، أو أحدهما.". (١)

٥٥٧. ٢١٧-"لو كانت منفردة. وقد ثبت أن «سودة وهبت يومها لعائشة، فكان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقسم لعائشة يومها ويوم سودة.» متفق عليه.

ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه، فإن سودة وهبت يومها في جميع زمانها. وروى ابن ماجه، عن عائشة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وجد على صفية بنت حيي في شيء، فقالت صفية لعائشة: هل لك أن ترضي عني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولك يومي؟ فأخذت خمارا مصبوغا بزعفران، فرشته ليفوح ريحه، ثم اختمرت به، وقعدت إلى جنب النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال رسول الله: إليك يا عائشة، إنه ليس يومك. قالت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء. فأخبرته بالأمر، فرضي عنها.» فإذا ثبت هذا، فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها، صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة.

وإن وهبتها للزوج، فله جعله لمن شاء؛ لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك، إن شاء جعله للجميع، وإن شاء خص بها واحدة منهن، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض. وإن وهبتها لواحدة منهن كفعل سودة، جاز. ثم إن كانت تلك الليلة تلي ليلة الموهوبة، وإلى بينهما، وإن كانت لا تليها، لم يجز له الموالاة بينهما، إلا برضى الباقيات، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة؛ ولأن الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها، فلم يجز تغييرها عن موضعها، كما لو كانت باقية للواهبة، ولأن في ذلك تأخير حق غيرها، وتغييرا لليلتها بغير رضاها، فلم يجز. وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج، فآثر بها امرأة منهن بعينها.

وفيه وجه آخر، إنه يجوز الموالاة بين الليلتين؛ لعدم الفائدة في التفريق. والأول أصح، وقد ذكرنا فيه

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٠/٧

فائدة، فلا يجوز اطراحها. ومتى رجعت الواهبة في ليلتها، فلها ذلك في المستقبل؛ لأنها هبة لم تقبض، وليس لها الرجوع فيما مضى؛ لأنه بمنزلة المقبوض. ولو رجعت في بعض الليل، كان على الزوج أن ينتقل إليها، فإن لم يعلم حتى أتم الليلة، لم يقض لها شيئا؛ لأن التفريط منها.

(٥٧٢٩) فصل: فإن بذلت ليلتها بمال، لم يصح؛ لأن حقها في كون الزوج عندها، وليس ذلك بمال، فلا يجوز مقابلته بمال، فإذا أخذت عليه مالا، لزمها رده، وعليه أن يقضي لها، لأنها تركته بشرط العوض، ولم يسلم لها، وإن كان عوضها غير المال، مثل إرضاء زوجها، أو غيره عنها، جاز؛ فإن عائشة أرضت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن صفية، وأخذت يومها، وأخبرت بذلك رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلم ينكره.". (١)

٥٥٨. ٢١٨-"[فصل أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت]

(٥٧٥٣) فصل: فإن أتت بفاحشة، فعضلها لتفتدي نفسها منه، ففعلت، صح الخلع؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ١٩] والاستثناء من النهي إباحة، ولأنها متى زنت، لم يأمن أن تلحق به ولدا من غيره، وتفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله في حقه، فتدخل في قول الله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر: لا يصح؛ لأنه عوض أكرهت عليه، أشبه ما لو لم تزن. والنص أولى.

[فصل خالع زوجته أو بارأها بعوض]

(٥٧٥٤) فصل: إذا خالع زوجته، أو بارأها بعوض، فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق، فإن كان قبل الدخول، فلها نصف المهر، وإن كانت قبضته كله، ردت نصفه، وإن كانت مفوضة، فلها المتعة. وهذا قول عطاء، والنخعي، والزهري، والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر. وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية، فعنه فيها روايتان، ولا تسقط النفقة في المستقبل؛ لأنها ما وجبت بعد.

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع، إذا كان بلفظ الطلاق، فلا يسقط بلفظ الخلع، والمبارأة، كسائر

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٢/٧

الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا، ولأن نصف المهر الذي يصير له لم يجب له قبل الخلع، فلم يسقط بالمبارأة، كنفقة العدة، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها: بارأتك. لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه، لا براءته من حقوقها.

[مسألة الخلع فسخ]

(٥٧٥٥) مسألة؛ قال: (والخلع فسخ، في إحدى الروايتين، والأخرى أنه تطليقة بائنة) . اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع؛ ففي إحدى الروايتين أنه فسخ. وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي والرواية الثانية، أنه طلقة بائنة. روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة، وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح، ومالك والأوزاعي وأصحابالرأي.

وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم، وقال: ليس لنا في الباب شيء **أصح** من حديث ابن عباس أنه فسخ. واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو". (١)

٥٥٩. ٢١٩-"توجد من المرأة رغبة عن زوجها، وحاجة إلى فراقه، فتسأله فراقها، فإذا أجابها، حصل المقصود من الخلع، فصح، كما لو كان بعوض قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أن الخلع ما كان من قبل النساء، فإذا كان من قبل الرجال، فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة، ولا يكون فسخا.

والرواية الثانية، لا يكون خلع إلا بعوض. روى عنه مهنا، إذا قال لها: اخلعي نفسك. فقالت: خلعت نفسي. لم يكن خلعا إلا على شيء، إلا أن يكون نوى الطلاق، فيكون ما نوى. فعلى هذه الرواية، لا يصح الخلع إلا بعوض، فإن تلفظ به بغير عوض، ونوى الطلاق، كان طلاقا رجعيا؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق. وإن لم ينو به الطلاق، لم يكن شيئا. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن الخلع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٨/٧

إن كان فسخا، فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لعيبها. وكذلك لو قال: فسخت النكاح. ولم ينو به الطلاق، لم يقع شيء، بخلاف ما إذا دخله العوض، فإنه يصير معاوضة، فلا يجتمع له العوض والمعوض.

وإن قلنا: الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا، وإنما هو كناية، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية، أو بذل العوض، فيقوم مقام النية، وما وجد واحد منهما. ثم إن وقع الطلاق، فإذا لم يكن بعوض، لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث.

[فصل قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل]

(٥٧٧٠) فصل: إذا قالت: بعني عبدك هذا وطلقني بألف. ففعل، صح، وكان بيعا وخلعا بعوض واحد؛ لأنهما عقدان، يصح إفراد كل واحد منهما بعوض، فصح جمعهما، كبيع ثوبين. وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف، أنه يصح، وهو نظير لهذا. وذكر أصحابنا فيه وجها آخر، أنه لا يصح؛ لأن أحكام العقدين تختلف. والأول **أصح**؛ لما ذكرنا وللشافعي فيه قولان أيضا. فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى وقيمة العبد، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى، وعوض العبد ما يخص قيمته، حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك، وإن وجدته حرا أو مغصوبا، رجعت به؛ لأنه عوضه. فإن كان مكان العبد شقص مشفوع، ففيه الشفعة، ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف؛ لأنها عوضه.

[فصل خالعها على نصف دار]

(٥٧٧١) فصل: وإن خالعها على نصف دار، صح، ولا شفعة فيه لأنه عوض عما لا قيمة له، ويتخرج أن فيه شفعة، لأن له عوضا. وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر، على وجهين: فأما إن خالعها، ودفع إليها ألفا بنصف دارها، صح، ولا شفعة أيضا. وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة فيما قابل الألف؛ لأنه عوض مال ولنا، أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج، والبضع لا يتقوم في حق غيره، ولأن الزوج". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٨

٥٦٠. ٢٢٠-"فإذا ثبت هذا، فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما، في الصحيح من الذهب. وهو قول ابن حامد، ومذهب أهل الرأي. وأحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها. وعلى قول أبي بكر من أصحابنا ، يكون ذلك عليهما نصفين. وأصل هذا في النكاح إذا تزوج اثنتين بصداق واحد. وقد ذكرناه في موضعه. فإن كانت إحداهما رشيدة، والأخرى محجورا عليها لسفه، فقالتا: قد شئنا. وقع الطلاق عليهما، ووجب على الرشيدة قسطها من العوض، ووقع طلاقها بائنا، ولا شيء على المحجور عليها، ويكون طلاقها رجعيا؛ لأن لها مشيئة، ولكن الحجر مع صحة تصرفها ونفوذه، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح، وفيما تأكله.

وكذلك إن كانت غير بالغة، إلا أنها مميزة، فإن لها مشيئة صحيحة، ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا. وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة، لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق. وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق، فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض، وهو قسط مهرها من العوض، في أحد الوجهين، وفي الآخر نصفه. وإن قالت له امرأتاه: طلقنا بألف بيننا نصفين. فطلقهما، فعلى كل واحدة منهما نصفه، وجها واحدا. وإن طلق إحداهما وحدها، فعليها نصف الألف. وإن قالتا: طلقنا بألف. فطلقهما، فالألف عليهما على قدر صداقيهما، في أصح الوجهين. وإن طلق إحداهما، فعليها حصتها منه. وإن كانت إحداهما غير رشيدة، فطلقهما، فعلى الرشيدة حصتها من الألف، يقع طلاقها بائنا، وتطلق الأخرى طلاقا رجعيا، ولا شيء عليها.

[فصل الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة]

(٥٨٠١) فصل: ويصح الخلع مع الأجنبي، بغير إذن المرأة، مثل أن يقول الأجنبي للزوج: طلق امرأتك بألف علي. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو ثور: لا يصح؛ لأنه سفه، فإنه يبذل عوضا في مقابلة ما لا منفعة له فيه، فإن الملك لا يحصل له، فأشبه ما لو قال: بع عبدك لزيد بألف علي. ولنا، أنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح، كما لو قال: أعتق عبدك، وعلي ثمنه. ولأنه لو قال: ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه. صح، لزمه ذلك، مع أنه لا يسقط حقا عن أحد، فهاهنا أولى؛ ولأنه حق على المرأة، يجوز أن يسقط عنها بعوض، فجاز لغيرها، كالدين. وفارق البيع، فإنه تمليك، فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك. وإن قال: طلق امرأتك بمهرها، وأنا ضامن له. صح. يرجع

عليه بمهرها.". (١)

٥٦١. ٢٢١-"لأنه لا يدعيه، فإن اتفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو جنسه، أو حلوله، أو تأجيله، أو صفته، فالقول قول المرأة. حكاه أبو بكر نصا عن أحمد. وهو قول مالك، وأبي حنيفة وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد، أن القول قول الزوج؛ لأن البضع يخرج من ملكه، فكان القول قوله في عوضه، كالسيد مع مكاتبته.

وقال الشافعي: يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد، فيتحالفان فيه، كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن. ولنا، أنه أحد نوعي الخلع، فكان القول قول المرأة، كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره، ولأن المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة، فكان القول قولها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «اليمين على المدعى عليه» . وأما التحالف في البيع، فيحتاج إليه لفسخ العقد، والخلع في نفسه فسخ، فلا يفسخ.

وإن قال: خالعتك بألف. فقالت: إنما خالعك غيري بألف في ذمته. بانت، والقول قولها في نفي العوض عنها؛ لأنها منكرة له. وإن قالت: نعم، ولكن ضمنها لك أبي أو غيره. لزمها الألف، لإقرارها به، والضمان لا يبرئ ذمتها وكذلك إن قالت: خالعتك على ألف يزنه لك أبي. لأنها اعترفت بالألف وادعت على أبيها دعوى، فقبل قولها على نفسها دون غيرها. وإن قال: سألتني طلقة بألف فقالت: بل سألتك ثلاثا بألف، فطلقتني واحدة. بانت بإقرار، والقول قولها في سقوط العوض. وعند أكثر الفقهاء، يلزمها ثلث الألف. بناء على أصلهم فيما إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف. فطلقها واحدة، أنه يلزمها ثلث الألف، وإن خالعها على ألف، فادعى أنها دنانير، وقالت: بل هي دراهم. فالقول قولها؛ لما ذكرنا في أول الفصل. ولو قال أحدهما: كانت دراهم قراضية. وقال الآخر: مطلقة. فالقول قولها، إلا على الرواية التي حكاها القاضي، فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين. وإن اتفقا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد.

وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضية، لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه. وإن اختلفا في الإرادة، كان حكمها حكم المطلقة، يرجع إلى غالب نقد البلد. وقال القاضي: إذا اختلفا في الإرادة، وجب المهر المسمى في العقد؛ لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا، فيجب المسمى في النكاح. والأول **أصح**؛

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٣

لأنهما لو أطلقا، لصحت التسمية، ووجب الألف من غالب نقد البلد، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض، فكذلك إذا اختلفا، ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل، كعبد مطلق وبعير وفرس، والجهالة ها هنا أقل، فالصحة أولى.". (١)

٥٦٢. ٢٢٢-"[مسألة طلاق السكران]

(٥٨٣٩) مسألة؛ قال: (وعن أبي عبد الله رحمه الله، في السكران روايات؛ رواية يقع الطلاق. ورواية لا يقع. ورواية يتوقف عن الجواب، ويقول: قد اختلف فيه أصحاب رسول الله) - صلى الله عليه وسلم - أما التوقف عن الجواب، فليس بقول في المسألة، إنما هو ترك للقول فيها، وتوقف عنها، لتعارض الأدلة فيها، وإشكال دليلها. ويبقى في المسألة روايتان: إحداهما، يقع طلاقه. اختارها أبو بكر الخلال، والقاضي. وهو مذهب سعيد بن المسيب، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وميمون بن مهران، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي في أحد قوليه وابن شبرمة، وأبي حنيفة، وصاحبيه، وسليمان بن حرب؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه» .

ومثل هذا عن علي، ومعاوية، وابن عباس، قال ابن عباس: طلاق السكران جائز، إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك، ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف؛ بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي، قال: أرسلني خالد إلى عمر، فأتيته في المسجد، ومعه عثمان، وعلي، وعبد الرحمن وطلحة، والزبير، فقلت: إن خالدا يقول: إن الناس انهمكوا في الخمر، وتحاقروا العقوبة. فقال عمر: هؤلاء عندك فسلهم. فقال علي: نراه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفتري ثمانون. فقال عمر: أبلغ صاحبك ما قال. فجعلوه كالصاحي، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه، فوجب أن يقع، كطلاق الصاحي، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل، ويقطع بالسرقة، وبهذا فارق المجنون.

والرواية الثانية، لا يقع طلاقه. اختارها أبو بكر عبد العزيز. وهو قول عثمان - رضي الله عنه -. ومذهب عمر بن عبد العزيز، والقاسم، وطاوس، وربيعة، ويحيى الأنصاري، والليث، والعنبري، وإسحاق، وأبي ثور، والمزني. قال ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان، ولا نعلم أحدا من الصحابة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٦٠

خالفه. وقال أحمد: حديث عثمان أرفع شيء فيه، وهو أصح. يعني من حديث علي، وحديث الأعمش، منصور لا يرفعه إلى علي. ولأنه زائل العقل، أشبه المجنون، والنائم، ولأنه مفقود الإرادة، أشبه المكره، ولأن العقل شرط للتكليف؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه، ولا فرق بين زوال الشرط". (١)

٥٦٣. ٢٢٣-"سبحانه ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وقول ابن حامد أصح؛ فإن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره، إلا احتمالا بعيدا، ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيرا، قال الله تعالى ﴿واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقال ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ [البينة: ٤] فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق، على أن قوله ﴿أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] لم يرد به الطلاق، وإنما هو ترك ارتجاعها، وكذلك قوله ﴿أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]

ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق، فإنه مختص بذلك، سابق إلى الأفهام من غير قرينة ولا دلالة، بخلاف الفراق والسراح. فعلى كلا القولين، إذا قال: طلقتك، أو أنت طالق، أو مطلقة. وقع الطلاق من غير نية. وإن قال: فارقتك. أو: أنت مفارقة، أو سرحتك، أو أنت مسرحة. فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية، ومن لم يره صريحا لم يوقعه به، إلا أن ينويه.

فإن قال: أردت بقولي: فارقتك أي بجسمي، أو بقلبي أو بمذهبي، أو سرحتك من يدي، أو شغلي، أو من حبسي، أو أي سرحت شعرك. قبل قوله. وإن قال: أردت بقولي: أنت طالق أي: من وثاقي. أو قال: أردت أن أقول: طلبتك. فسبق لساني، فقلت: طلقتك. ونحو ذلك، دين فيما بينه وبين الله تعالى، فمتى علم من نفسه ذلك، لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه. قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقيني ماء. فسبق لسانه فقال: أنت طالق، أو أنت حرة. أنه لا طلاق فيه. ونقل ابن منصور عنه، أنه سئل عن رجل حلف، فجرى على لسانه غير ما في قلبه، فقال: أرجو أن يكون الأمر فيه واسعا.

وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر؛ فإن كان في حال الغضب، أو سؤالها الطلاق، لم يقبل في الحكم؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٧٩

لأن لفظه ظاهر في الطلاق، وقرينة حاله تدل عليه، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد، في رواية ابن منصور، وأبي الحارث، أنه يقبل قوله. وهو قول جابر بن زيد، والشعبي، والحكم، حكاه عنهم أبو حفص؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد، فقيل: كما لو قال؛ أنت طالق، أنت طالق. وقال: أردت بالثانية إفهامها. وقال القاضي: فيه روايتان، هذه التي ذكرنا، قال: وهي ظاهر كلام أحمد. والثانية، لا يقبل. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف، فلم يقبل في الحكم، كما لو أقر بعشرة، ثم قال: زيوفا، أو صغارا، أو إلى شهر.

فأما إن صرح بذلك في اللفظ، فقال: طلقتك". (١)

٥٦٤. ٢٢٤-"من الكثير، وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة. فإذا قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة. وقع اثنتان. وإن قال: إلا اثنتين. وقع ثلاث. وإن قال: طلقتين إلا طلقة. ففيه وجهان؛ أحدهما، يقع طلقة. والثاني، طلقتان؛ بناء على استثناء النصف، هل يصح أو لا؟ على وجهين. وإن قال: أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث. بغير خلاف؛ لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه، فلا يصح أن يرفع جميعه.

وإن قال: أنت طالق خمسا إلا ثلاثا. وقع ثلاث؛ لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس، فقد استثنى الأكثر، وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها، فقد رفع جميعها. وكلاهما لا يصح. وإن قال: خمسا إلا طلقة. ففيه وجهان؛ أحدهما، يقع ثلاث؛ لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى، فكأنه قال: أنت طالق أربعا. والثاني، يقع اثنتان.

ذكره القاضي؛ لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات، وهي الثلاث، وما زاد عليها يلغو، وقد استثنى واحدة من الثلاث، فيصح، ويقع طلقتان. وإن قال: أنت طالق أربعا إلا اثنتين، فعلى الوجه الأول، يصح الاستثناء، ويقع اثنتان، وعلى قول القاضي، ينبغي أن لا يصح الاستثناء، ويقع ثلاث؛ لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث، فيكون استثناء الأكثر.

[فصل قال أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٦/٧

(٥٩٠٨) فصل: فإن قال: أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح الاستثناء؛ لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها، فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا، وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغاية وإلغاء المستثنى منه بطل، كاستثناء الجميع، ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغائه مع إلغاء غيره، ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين، فيكون استثناء للجميع. والوجه الثاني، يصح الاستثناء، ويقع طلقتان؛ لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة، فيصير مستثنيا لواحدة من ثلاث، ولذلك لو قال له: علي مائة وعشرون درهما إلا خمسين. صح. والأول أصح، وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي.

وإن قال: أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة. فعلى الوجه الثاني، يصح الاستثناء، وعلى الوجه الأول، يخرج في صحته وجهان؛ بناء على استثناء النصف. وإن قال: أنت طالق، وطالق، إلا". (١)

٥٦٥. ٢٢٥-"فإنهم سلموه. وقد احتج أحمد بقول أبي ذر: إن لي إبلا يرعاها عبد لي، وهو عتيق إلى الحول. ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد، فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق إذا قدم الحاج. وليس هذا توقيتا للنكاح، وإنما هو توقيت للطلاق. وهذا لا يمنع، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط، والطلاق يجوز فيه التعليق.

[فصل قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة]

فصل: ولو قال: أنت طالق إلى شهر كذا، أو سنة كذا. فهو كما لو قال: في شهر كذا أو سنة كذا. ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقع في الحال؛ لأن قوله: أنت طالق. إيقاع في الحال، وقوله: إلى شهر كذا. تأقيت له غاية، وهو لا يقبل التأقيت، فبطل التأقيت، ووقع الطلاق. ولنا، قول ابن عباس وقول أبي ذر، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتا لإيقاعه، كقول الرجل: أنا خارج إلى سنة. أي بعد سنة. وإذا احتمل الأمرين، لم يقع الطلاق بالشك. وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين؛ أحدهما، أنه جعل للطلاق غاية، ولا غاية لآخره، وإنما الغاية لأوله. والثاني، أن ما ذكرناه عمل باليقين، وما ذكروه أخذ بالشك.

فإن قال: أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا. وقع في الحال؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٢٠

ولفظه يحتمله. وإن قال: أنت طالق من اليوم إلى سنة. طلقت في الحال؛ لأن من لابتداء الغاية، فيقتضي أن طلاقها من اليوم. فإن قال: أردت أن عقد الصفة من اليوم، ووقوعه بعد سنة. لم يقع إلا بعدها. وإن قال: أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة، طلقت من ساعتها ثلاثا، إذا كانت مدخولا بها. قال أحمد: إذا قال لها: أنت طالق من اليوم إلى سنة. يريد التوكيد، وكثرة الطلاق، فتلك طالق من ساعتها.

[فصل قال أنت طالق في آخر أول الشهر]

(٥٩١٥) فصل: إذا قال: أنت طالق في آخر أول الشهر. طلقت في آخر أول يوم منه، لأنه أوله، وإن قال: في أول آخره، طلقت في أول آخر يوم منه؛ لأنه آخره. وقال أبو بكر في الأولى: تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه. وفي الثانية: تطلق بدخول أول ليلة السادس عشر منه؛ لأن الشهر نصفان، أول، وآخر، فآخر أوله يلي أول آخره. وهذا قول أبي العباس بن سريج. وقال أكثرهم كقولنا، وهو أصح؛ فإن". (١)

٥٦٦. ٢٢٦-"ولنا، أن الله تعالى قال: ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ [البقرة: ٢٢٢] . أي: ينقطع دمهن، ﴿فإذا تطهرن﴾ [البقرة: ٢٢٢] . أي: اغتسلن. ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام، وإنما بقي بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل، ولأنها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهرا؛ لأنهما ضدان على التعيين، فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر.

[فصل قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة]

(٥٩٦٠) فصل: فإن قال لها: إذا حضت حيضة فأنت طالق، وإذا حضت حيضتين فأنت طالق. فحاضت حيضة، طلقت واحدة، فإذا حاضت الثانية، طلقت الثانية عند طهرها منها. وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق. لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة؛ لأن ثم للترتيب، فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الأولى، لكونهما مرتبتين عليها.

[فصل قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٤/٧

(٥٩٦١) فصل: فإن قال: إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق. طلقت إذا ذهب نصف الحيضة، وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها، لأن الأحكام تعلقت بالعادة، فيتعلق بها وقوع الطلاق. ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف؛ لأننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك، إلا أن تطهر لأقل من ذلك، ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة. وقيل: يلغو قوله: نصف حيضة. ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض. والأول أصح؛ فإن الحيض له مدة، أقلها يوم وليلة، وله نصف حقيقة، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده، وتعلق الحكم به، كالحمل.

[فصل قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان]

(٥٩٦٢) فصل: وإن قال لامرأتيه: إذا حضتما حيضة واحدة، فأنتما طالقتان. لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة، ويكون التقدير: إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة، فأنتما طالقتان. كقول الله تعالى: ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . أي: اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ويحتمل أن يتعلق الطلاق بحيض إحداهما حيضة؛ لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما، وجبت إضافته إلى إحداهما، كقوله تعالى ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ [الرحمن: ٢٢] . وإنما يخرج من أحدهما. وقال القاضي: يلغو قوله: حيضة". (١)

٥٦٧. ٢٢٧-"[فصل قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة]

(٦٠٠٧) فصل: وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. فكذلك، ذكره القاضي. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا يقع بغير المدخول بها شيء، بناء على قولهم في المسألة السريجية. وقال أبو بكر: يقع طلقتان. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة، فوقعت معها، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا، وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه، وهو معها، ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها؛ لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه، وهو زمن قريب، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب.

ولنا، أن هذا طلاق بعضه قبل بعض، فلم يقع بغير المدخول بها جميعه، كما لو قال: طلقة بعد طلقة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٥٤

ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما، كما لو قال: طلقة بعد طلقة. أو قال: أنت طالق طلقة غدا، وطلقة اليوم. ولو قال: جاء زيد بعد عمرو. أو: جاء زيد وقبله عمرو. أو: أعط زيدا بعد عمرو. وكان كلاما صحيحا، يفيد تأخير المتقدم لفظا، عن المذكور بعده، وليس هذا طلاقا في زمن ماض، وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه، ولو قدر أن إحداهما موقعة في زمن ماض، لامتنع وقوعها وحدها، ووقعت الأخرى وحدها، وهذا تعليل القاضي، لكونه لا يقع إلا واحدة، والأول من التعليل **أصح** إن شاء الله تعالى.

[فصل قال أنت طالق طلقة معها طلقة]

(٦٠٠٨) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة معها طلقة. وقع بها طلقتان. وإن قال: معها اثنتان. وقع بها ثلاث، في قياس المذهب. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو يوسف: يقع طلقة؛ لأن الطلقة إذا وقعت مفردة، لم يمكن أن يكون معها شيء. ولنا، أنه أوقع ثلاث طلقات، بلفظ يقتضي وقوعهن معا، فوقعن كلهن، كما لو قال: أنت طالق ثلاثا. ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة، فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به، إذ لو وقع بذلك، لما صح تعليقه بشرط، ولا صح وصفه بالثلاث، ولا بغيرها، وكذلك الحكم لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة. ثم قال: أنت طالق. فإنها تطلق طلقتين؛ لما ذكرنا.

[فصل قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أني أوقع بعدها طلقة]

فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة بعدها طلقة. ثم قال: أردت أني أوقع بعدها طلقة. دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. وقال: أردت أني طلقتها قبل هذا في". (١)

٥٦٨. ٢٢٨-"وذلك يصلح بيانا، كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» . وأشار بيديه مرة ثلاثين، ومرة تسعا وعشرين. وإن قال: أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين قبل منه؛ لأنه يحتمل ما يدعيه الموضع الثاني، إذا كتب الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٩/٧

الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم، وأبو حنيفة، ومالك وهو المنصوص عن الشافعي
وذكر بعض أصحابه، أن له قولا آخر، أنه لا يقع به طلاق، وإن نواه؛ لأنه فعل من قادر على النطق، فلم يقع به الطلاق، كالإشارة ولنا أن الكتابة حروف، يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها، ونواه، وقع كاللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب؛ بدلالة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان مأمورا بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق؛ فأما إن كان كتب ذلك من غير نية، فقال أبو الخطاب: قد خرجها القاضي الشريف في " الإرشاد " على روايتين؛ إحداهما، يقع وهو قول الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم؛ لما ذكرنا والثانية: لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة، ومالك، ومنصوص الشافعي؛ لأن الكتابة محتملة، فإنه يقصد بها تجربة القلم، وتجويد الخط، وغم الأهل، من غير نية، ككنايات الطلاق
فإن نوى بذلك تجويد خطه، أو تجربة قلمه، لم يقع؛ لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع، لم يقع، فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل أيضا في الحكم في أصح الوجهين؛ لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح، في أحد الوجهين؛ فهاهنا مع أنه ليس بلفظ أولى وإن قال: نويت غم أهلي فقد قال، في رواية أبي طالب، في من كتب طلاق زوجته، ونوى الطلاق: وقع، وإن أراد أن يغم أهله، فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤاخذ به؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به» فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق؛ لأن غم أهله يحصل بالطلاق، فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه، كما لو قال: أنت طالق يريد به غمها ويحتمل". (١)

٥٦٩. ٢٢٩–"قبل الغد ورثنه كلهن، وإن ماتت إحداهن ورثها؛ لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق، فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء، فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله: أنت طالق غدا وقال القاضي: قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية: إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة

---
(١) المغني لابن قدامة ٤٨٦/٧

والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلا للطلاق، وإرادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى، وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقا فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق، وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر، فإن وقعت على المبيع لم يعتق منهم شيء.

وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن له تعيين العتق عندهم بقوله: فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين، فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسرا، وإن كان معسرا لم يعتق إلا نصفه.

[فصل قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة]

(٦٠٤٤) فصل: وإذا قال: امرأتي طالق وأمتي حرة، وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها، وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن، وإن لم ينو شيئا؛ فقال أبو الخطاب: يطلق نساؤه كلهن، ويعتق إماؤه؛ لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى: ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾ [النحل: ١٨] و ﴿أحل لكم ليلة الصيام﴾ [البقرة: ١٨٧] ولأن ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة: يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ما لو قال: إحداكن طالق وإحداكن حرة؛ لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازا والكلام لحقيقته ما لم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة؛ لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه، وهذا أصح والله أعلم.

[مسألة طلق واحدة من نسائه وأنسيها]

(٦٠٤٥) مسألة؛ قال: (وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة) أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات وقد

روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل هاهنا". (١)

٥٧٠. ٢٣٠-"غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع إليه واحدة منهما؛ إلا أن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله: وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها

(٦٠٤٧) فصل: فإن قال: هذه المطلقة قبل منه، وإن قال: هذه المطلقة بل هذه طلقتا؛ لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال: هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن، وإن قال: هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الأوليين وإن قال: طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الآخرتين، وإن قال: أنت طالق وهذه أو هذه فقال القاضي: هي كذلك، وذكر أنه قول الكسائي، وقال محمد بن الحسن: تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة، وجه الأول أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما

ولو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة، وكان الشك في الأوليين ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع؛ لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال: طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان، فإن قال: هي الثالثة طلقت وحدها، وإن قال: لم أطلقها طلقت الأوليان، وإن لم يبين أقرع بين الأوليين والثالثة قال القاضي في " المجرد ": وهذا أصح، وإن قال: طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان فإن قال: هي الأولى طلقت وحدها

وإن قال: ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال: طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين، فإن وطئ لم يكن تعيينا وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الأخرى؛ لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وإن قال: طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الأوليان أم الآخرتان كما لو قال: طلقت هاتين أو هاتين، فإن قال: هما الأوليان تعين الطلاق فيهما، وإن قال: لم أطلق الأوليين تعين الآخرتان

وإن قال: إنما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث، ومتى فسر

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٩٧

كلامه بشيء محتمل قبل منه.". (١)

٥٧١. ٢٣١-"فساد نكاحه

ولنا قول الله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] ، وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسدا لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان، والظهار، والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله تعالى: ﴿يحلونه عاما ويحرمونه عاما﴾ [التوبة: ٣٧] ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة الشرط الثالث؛ أن يطأها في الفرج فلو وطئها دونه أو في الدبر لم يحلها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - علق الحل على ذوق العسيلة منهما ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له؛ لأن الحكم يتعلق بذواق العسيلة ولا تحصل من غير انتشار

وإن كان الذكر مقطوعا، فإن بقي منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا، فإن كان خصيا أو مسلولا أو موجوءا حلت بوطئه؛ لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر في الإحلال وهذا قول الشافعي قال أبو بكر: وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها؛ فإن أبا طالب سأله في المرأة تتزوج الخصي تستحل به؟ قال: لا خصي يذوق العسيلة قال أبو بكر: والعمل على ما رواه مهنا أنها تحل ووجه الأول أن الخصي لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة

ويحتمل أن أحمد قال ذلك؛ لأن الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس بمظنة الإنزال فلا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار.

[فصل حلال نكاح ووطء المطلقة البائن]

(٦٠٧٢) فصل: واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا، فإن وطئها في حيض، أو نفاس، أو إحرام من أحدهما، أو منهما، أو وأحدهما صائم فرضا، لم تحل. وهذا قول مالك؛ لأنه وطء حرام لحق الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٠٠

تعالى فلم يحصل به الإحلال، كوطء المرتدة. وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] . وهذه قد نكحت زوجا غيره، وأيضا قوله «حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك» . وهذا قد وجد، ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام، فأحلها، كالوطء الحلال، وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة، أو وطئها مريضة يضرها الوطء. وهذا **أصح** إن شاء الله تعالى. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي.". (١)

٥٧٢. ٢٣٢-"شاك في التحليل ". وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا. وهو مذهب الشافعي. وحكي ذلك عن عطاء، ومالك. وقال القاضي: ظاهر المذهب أنها مباحة. قال أحمد، في رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه.

وفي رواية أبي الحارث: تتشرف له ما كانت في العدة. فظاهر هذا أنها مباحة، وله أن يسافر بها، ويخلو بها، ويطأها. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنها في حكم الزوجات، فأبيحت له كما قبل الطلاق. ووجه الأولى، أنها طلقة واقعة، فأثبتت التحريم، كالتي بعوض. ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء. ولا ينبغي أن يلزمه مهر، سواء راجع أو لم يراجع؛ لأنه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه، فلم يكن عليه مهر، كسائر الزوجات.

ويفارق ما لو وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة؛ حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة؛ لأنه إذا لم يسلم، تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما، وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه، فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة، فافترقا. وقال أبو الخطاب: إذا أكرهها على الوطء، وجب عليه المهر عند من حرمها. وهو المنصوص عن الشافعي؛ لأنه وطء حرمه الطلاق، فوجب به المهر، كوطء البائن. والفرق ظاهر؛ فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد.

[مسألة للعبد في الطلاق بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث]

(٦٠٧٩) مسألة قال: (وللعبد بعد الواحدة، ما للحر قبل الثلاث) أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة، إذا وجدت شروطها. فإن طلقها ثانية، فلا رجعة له، سواء كانت امرأته

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٧/٧

حرة، أو أمة؛ لأن طلاق العبد اثنتان، وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى.

[مسألة كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما]

(٦٠٨٠) مسألة قال: (ولو كانت حاملا باثنين، فوضعت أحدهما، فله مراجعتها، ما لم تضع الثاني) هذا قول عامة العلماء، إلا أنه حكي عن عكرمة، أن العدة تنقضي بوضع الأول. وما عليه سائر أهل العلم أصح؛ فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله؛ لقول الله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] واسم الحمل متناول لكل ما في البطن، فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل، فتبقى الرجعة ببقائها.

ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل، لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر، ولا قائل به. وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة: تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين. فقال له قتادة: أيحل لها بأن تتزوج؟ . قال: لا قال: خصم العبد. ولو خرج بعض الولد، فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح؛ لأنها لم تضع جميع حملها، فصارت كمن ولدت أحد الولدين.". (١)

٥٧٣. ٢٣٣-"أولهما، أنه له رجعتها؛ لأنها لم تقض عدته، فحكم نكاحه باق، يلحقها طلاقه وظهاره، وإنما انقطعت عدته لعارض، فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه، فإنها تحرم عليه وتبقى سائر أحكام الزوجية، ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته، فملكه قبل ذلك، كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها. والوجه الثاني، ليس له رجعتها؛ لأنها ليست في عدته، فإذا وضعت الحمل، انقضت عدة الثاني، وبنت على ما مضى من عدة الأول، وله ارتجاعها حينئذ وجها واحدا، ولو كانت في نفاسها؛ لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول، وإن لم تحتسب به، فكان له الرجعة فيه، كما لو طلق حائضا، فإن له رجعتها في حيضها، وإن كانت لا تعتد بها

وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما، فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني، إذا راجعها في هذا الحمل، ثم بان أنه من الثاني، لم يصح؛ وإن بان من الأول، احتمل أن يصح؛ لأنه راجعها في عدتها منه، واحتمل أن لا يصح؛ لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة. والأول أصح؛ فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٢٠

صلاة من يوم لا يعلم عينها، فصلى خمس صلوات، فإن كل صلاة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها؟ ولو شك في الحدث، فتطهر ينوي رفع الحدث، صحت طهارته، وارتفع حدثه، فهنا أولى. فإن راجعها بعد الوضع، وبان أن الحمل من الثاني صحت رجعته، وإن بان من الأول، لم تصح الرجعة؛ لأن العدة انقضت بوضعه.

[مسألة المراجعة في الطلاق]

(٦٠٨٣) مسألة قال: (والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين: اشهدا أني قد راجعت امرأتي. بلا ولي يحضره، ولا صداق يزيده. وقد روي عن أبي عبد الله - رحمه الله - رواية أخرى، أنه تجوز الرجعة بلا شهادة) وجملته أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي، ولا صداق، ولا رضى المرأة، ولا علمها. بإجماع أهل العلم؛ لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات، والرجعة إمساك لها، واستبقاء لنكاحها، ولهذا سمى الله - سبحانه وتعالى - الرجعة إمساكا، وتركها فراقا وسراحا، فقال: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] . وفي آية أخرى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] . وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد بها سبب زواله، فالرجعة تزيل شعثه، وتقطع مضيه، إلى البينونة، فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح.

فأما الشهادة ففيها روايتان؛ إحداهما، تجب. وهذا أحد قولي الشافعي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] . وظاهر الأمر الوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود، فوجبت الشهادة فيه، كالنكاح، وعكسه البيع.". (١)

٥٧٤. ٢٣٤-"وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ثان، أنها تستأنف العدة؛ لأنها طلقة واقعة في حق مدخول بها، فاقتضت عدة كاملة، كالأولى.

ولنا، أنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة، ولا خلوة، فلم يجب بهما أكثر من عدة، كما لو والى بينهما، أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها. وهكذا الحكم لو طلقها، ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما، أو لعتقها تحت عبد أو غيره، أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك؛ لأن الفسخ في معنى الطلاق.

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٢٢

[فصل طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها]

(٦٠٩٧) فصل: وإن طلقها، ثم راجعها، ثم طلقها قبل دخوله بها، ففيه روايتان؛ إحداهما، تبني على ما مضى من العدة. نقلها الميموني. وهي اختيار أبي بكر، وقول عطاء، وأحد قولي الشافعي؛ لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها، فكانت العدة من الأول منهما، كما لو لم يرتجعها، ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول، فلم يجب بالطلاق منها عدة، كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول. والثانية، تستأنف العدة. نقلها ابن منصور. وهي أصح. وهذا قول طاوس، وأبي قلابة، وعمرو بن دينار، وجابر، وسعيد بن عبد العزيز، وإسحاق، وأبي ثور، وأبي عبيد، وأصحابالرأي، وابن المنذر.

وقال الثوري: أجمع الفقهاء على هذا. وحكى أبو الخطاب، عن مالك، إن قصد الإضرار بها بنت، وإلا استأنفت؛ لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح بقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ [البقرة: ٢٢٨] . والذي قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح. ولنا أنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه، فأوجب عدة كاملة، كما لو لم يتقدمه طلاق؛ وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح، والرجعة لمت شعثه، وقطعت عمل الطلاق، فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه، فأوجب عدة كالأول، وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها، فإنها تستأنف عدة، كذا هاهنا.

ويفارق الطلاق قبل الرجعة. فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة. فإن راجعها ثم دخل بها، ثم طلقها، فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم؛ لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطئ.". (١)

٥٧٥. ٢٣٥-"في مدتها، وهذه ضربت تأخيرا له وتأجيلا، ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل، كالدين.

[فصل ابتداء مدة الإيلاء]

(٦١٣١) فصل: وابتداء المدة من حين اليمين، ولا يفتقر إلى ضرب مدة؛ لأنها ثبتت بالنص والإجماع،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٣١

فلم تفتقر إلى ضرب، كمدة العنة. ولا يطالب بالوطء فيها؛ لما ذكرنا، فإن وطئها فيها فقد عجل حقها قبل محله، وخرج من الإيلاء، كمن عليه دين دفعه قبل الأجل. وهكذا إن وطئ بعد المدة، قبل المطالبة أو بعدها، خرج من الإيلاء. وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة، أو يقظانة أو نائمة؛ لأنه فعل ما حلف عليه، فإن وطئها وهو مجنون، لم يحنث. ذكره ابن حامد. وهو قول الشعبي. وقال أبو بكر: يحنث، وعليه الكفارة؛ لأنه فعل ما حلف عليه.

والأول **أصح**؛ لأنه غير مكلف، والقلم عنه مرفوع، ويخرج بوطئه عن الإيلاء؛ لأنه قد وفاها حقها، وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه. ذكر هذا ابن حامد. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى موليا؛ فإنه قال: إذا وطئ بعد إفاقته، تجب عليه الكفارة؛ لأن وطأه الأول ما حنث به، وإذا بقيت يمينه، بقي الإيلاء، كما لو لم يطأ. وهذا قول المزني. وينبغي أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ؛ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه، ولا يطلق عليه؛ لانتفائها وهي موجودة، ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه. وقيل: تضرب له المدة إذا عقل؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه.

ومن قال بالأول قال: قد وفاها حقها، فلم يبق الإيلاء، كما لو حنث، ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين، كما لو حلف لا يطأ أجنبية، ثم تزوجها.

[فصل وطئ العاقل ناسيا ليمينه]

(٦١٣٢) فصل: وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه، فهل يحنث؟ على روايتين. فإن قلنا: يحنث. انحل إيلاؤه، وذهبت يمينه. وإن قلنا: لا يحنث. فهل ينحل إيلاؤه؟ على وجهين، قياسا على المجنون. وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه، ثم وجدها على فراشه، فظنها الأخرى، فوطئها؛ لأنه جاهل بها، والجاهل كالناسي في الحنث. وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته. وإن استدخلت ذكره وهو نائم، لم يحنث؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه، ولأن القلم مرفوع عنه. وهل يخرج من حكم الإيلاء؟ يحتمل وجهين: أحدهما، يخرج؛ لأن المرأة وصلت إلى حقها، فأشبه ما لو وطئ.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٥٤/٧

٥٧٦. ٢٣٦-"ولنا أنه أخر حقها لعجزه عنه، فإذا قدر عليه، لزمه أن يوفيها إياه، كالدين على المعسر إذا قدر عليه. وما ذكروه فليس بحقها، ولا يزول الضرر عنها به، وإنما وعدها بالوفاء، ولزمها الصبر عليه وإنظاره. كالغريم المعسر. (٦١٤٩) فصل: وليس على من فاء بلسانه كفارة، ولا حنث؛ لأنه لم يفعل المحلوف عليه، وإنما وعد بفعله، فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه، ثم أعسر به، فقال: متى قدرت وفيته.

[مسألة لم يطلق الزوج عند امتناعه عن الزوجة بعد الإيلاء]

(٦١٥٠) مسألة قال: (فإن لم يطلق، طلق الحاكم عليه) وجملة الأمر أن المولي إذا امتنع من الفيئة بعد التربص، أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره، أمر بالطلاق. فإن طلق، وقع طلاقه الذي أوقعه، واحدة كانت أو أكثر. وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة؛ لأنه يحصل الوفاء بحقها بها؛ فإنها تفضي إلى البينونة، والتخلص من ضرره. وإن امتنع من الطلاق، طلق الحاكم عليه. وبهذا قال مالك. وعن أحمد، رواية أخرى، ليس للحاكم الطلاق عليه؛ لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين، لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة، أو أختان. فعلى هذا يحبسه، ويضيق عليه، حتى يفيء، أو يطلق. وللشافعي قولان، كالروايتين.

ولنا، أن ما دخلته النيابة، وتعين مستحقه، وامتنع من هو عليه، قام الحاكم مقامه فيه، كقضاء الدين، وفارق الاختيار، فإنه ما تعين مستحقه. وهذا أصح في المذهب. وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك؛ لأنه حق لها، وإنما الحاكم يستوفي لها الحق، فلا يكون إلا عند طلبها.

[فصل الطلاق الواجب على المولي]

(٦١٥١) فصل: والطلاق الواجب على المولي رجعي، سواء أوقعه بنفسه، أو طلق الحاكم عليه. وبهذا قال الشافعي. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله في المولي: فإن طلقها. قال: تكون واحدة، وهو أحق بها. وعن أحمد، رواية أخرى، أن فرقة الحاكم تكون بائنا. ذكر أبو بكر الروايتين جميعا. وقال القاضي: المنصوص عن أحمد، في فرقة الحاكم، أنها تكون بائنا؛ فإن في رواية الأثرم: وقد سئل إذا طلق عليه السلطان، أتكون واحدة؟ فقال: إذا طلق فهي واحدة، وهو أحق بها، فأما تفريق السلطان، فليس فيه

رجعة. وقال أبو ثور: طلاق المولي بائن، سواء طلق هو، أو طلق عليه الحاكم؛ لأنها فرقة لرفع". (١)

٥٧٧. ٢٣٧-"ثلاث، فصار إيلاؤه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية. وقال أصحاب الشافعي: يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل: قولان كالمذهبين، وقول ثالث: لا يعود حكم الإيلاء بحال. وهو قول ابن المنذر؛ لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه، فبطل حكم الإيلاء منها، كالمطلقة ثلاثا. ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها، فثبت له حكم الإيلاء، كما لو لم يطلق، وفارق الإيلاء من الأجنبية؛ فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها، بخلاف مسألتنا.

[فصل آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها]

(٦١٥٧) فصل: ولو آلى من امرأته الأمة، ثم اشتراها، ثم أعتقها، وتزوجها، عاد الإيلاء. ولو كان المولي عبدا، فاشترته امرأته، ثم أعتقته، وتزوجته، عاد الإيلاء. ولو بانت الزوجة بردة، أو إسلام من أحدهما أو غيره، ثم تزوجها تزويجا جديدا، عاد الإيلاء، وتستأنف المدة في جميع ذلك. وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله؛ لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية، فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية. وهكذا لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك. ثم طلقها، ثم نكحت غيره، ثم تزوجها الأول، عاد حكم الإيلاء؛ لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية، فإن دخلت الدار في حال البينونة، ثم عاد فتزوجها، لم يثبت حكم الإيلاء في حقه؛ لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية، ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته.

[مسألة آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر]

(٦١٥٨) مسألة قال: (ولو آلى منها، واختلفا في مضي الأربعة أشهر، كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه) إنما كان كذلك؛ لأن الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه؛ فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين، حسب من ذلك الوقت، فعلم هل انقضت المدة أو لا. وزال الخلاف. أما إذا اختلفا في وقت اليمين، فقال: حلفت في غرة رمضان. وقالت: بل حلفت في غرة شعبان. فالقول قوله؛ لأنه صدر من جهته، وهو أعلم به. فكان القول قوله، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٣/٧

الأصل عدم الحلف في غرة شعبان، فكان قوله في نفيه موافقا للأصل. قال الخرقي: ويكون ذلك مع يمينه. وهو مذهب الشافعي.

وذهب أبو بكر، إلى أنه لا يمين عليه. قال القاضي: وهو أصح؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح، فلم تشرع فيه يمين، كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته. ووجه قول الخرقي، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اليمين على المدعى عليه» . ولأنه حق لآدمي يجوز بذله، فيستحلف فيه، كالديون.". (١)

٥٧٨. ٢٣٨-"وروى الأثرم، بإسناده عن عمر - رضي الله عنه - قال: أطعم عني صاعا من تمر أو شعير، أو نصف صاع من بر. ولأنه إطعام للمساكين، فكان صاعا من التمر والشعير، أو نصف صاع من بر، كصدقة الفطر.

ولنا ما روى الإمام أحمد، ثنا إسماعيل، ثنا أيوب، عن أبي يزيد المدني قال: «جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - للمظاهر: أطعم هذا؛ فإن مدي شعير مكان مد بر» . وهذا نص. ويدل على أنه مد بر، أنه قول زيد، وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة، ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا، وعلى أنه نصف صاع من التمر أو الشعير، ما روى عطاء بن يسار، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لخويلة امرأة أوس بن الصامت اذهبي إلى فلان الأنصاري، فإن عنده شطر وسق من تمر، أخبرني أنه يريد أن يتصدق به، فلتأخذيه، فليتصدق به على ستين مسكينا» .

وفي حديث أوس بن الصامت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إني سأعينه بعرق من تمر. قلت: يا رسول الله، فإني سأعينه بعرق آخر. قال: قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينا، وارجعي إلى ابن عمك» . وروى أبو داود، بإسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، أنه قال: العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا. فعرقان يكونان ثلاثين صاعا، لكل مسكين نصف صاع، ولأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام، فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير، كفدية الأذى. فأما رواية أبي داود أن " العرق ستون صاعا ". فقد ضعفها وقال: غيرها أصح منها. وفي الحديث ما يدل على الضعف؛ لأن ذلك في سياق قوله: (إني سأعينه بعرق) . فقالت امرأته: إني سأعينه بعرق آخر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٧/٧

قال: (فأطعمي بها عنه ستين مسكينا) . فلو كان العرق ستين صاعا، لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا، ولا قائل به.

وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا، فقال: (تصدق به) . فيحتمل أنه اقتصر عليه إذ لم يجد سواه، ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله. وفي الحديث المتفق عليه: (قريب من عشرين صاعا) . وليس ذلك مذهبا لأحمد، فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه. وحديث أوس بن أخي عبادة مرسل، يرويه عنه عطاء ولم يدركه، على أنه حجة لنا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه عرقا، وأعانته امرأته بآخر، فصارا جميعا ثلاثين صاعا.

وسائر الأخبار نجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز، وأخبارنا على الإجزاء، وقد عضد هذا أن ابن عباس راوي بعضها، ومذهبه أن المد من البر يجزئ، وكذلك أبو هريرة، وسائر ما ذكرنا من الأخبار، مع الإجماع الذي نقله سليمان بن يسار. والله أعلم.". (١)

٥٧٩.	٢٣٩-"في طهر، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما، لحق الزوج؛ لأن الولد للفراش، وقد أمكن كونه منه. وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ. فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما، فإن ألحقته بالواطئ لحقه، ولم يملك نفيه عن نفسه، وانتفى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج لحقه، ولم يملك نفيه باللعان في **أصح** الروايتين. والأخرى، له ذلك. وإن ألحقته بهما، لحق بهما، ولم يملك الواطئ نفيه عن نفسه. وهل يملك الزوج نفيه باللعان؟ على روايتين. وإن لم توجد قافة، أو أنكر الواطئ الوطء، أو اشتبه على القافة، لحق الزوج؛ لأن المقتضي للحاق النسب به متحقق، ولم يوجد ما يعارضه، فوجب إثبات حكمه. ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال؛ لأن دلالة قول القافة ضعيفة، ودلالة الفراش قوية، فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة.

[فصل أتت بولد، فادعى أنه من زوج قبله]

(٦٢٨٢) فصل: وإن أتت بولد، فادعى أنه من زوج قبله، نظرنا؛ فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة، لم يلحق بالأول بحال، وإن كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول، لم يلحق به أيضا، وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، لم يلحق به، وينتفي عنهما، وإن كان لأكثر من ستة

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١/٨

أشهر، فهو ولده، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني، ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول، ولم يعلم انقضاء العدة، عرض على القافة، ولحق بمن ألحقته به منهما، فإن ألحقته بالأول، انتفى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق الزوج. وهل له نفيه باللعان؟ على روايتين.

[مسألة اللعان الذي يبرأ به من الحد]

(٦٢٨٣) مسألة قال: (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم: أشهد بالله لقد زنت. ويشير إليها. وإن لم تكن حاضرة سماها، ونسبها، حتى يكمل ذلك أربع مرات، ثم يوقف عند الخامسة، ويقال له: اتق الله، فإنها الموجبة، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. فإن أبى إلا أن يتم، فليقل: ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتقول هي: أشهد بالله لقد كذب. أربع مرات، ثم توقف عند الخامسة، وتخوف كما خوف الرجل، فإن أبت إلا أن تتم، فلتقل: وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا)

في هذه المسألة مسألتان: (٦٢٨٤) المسألة الأولى: أن اللعان لا يصح إلا بمحضر من الحاكم، أو من يقوم مقامه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن النبي". (١)

٥٨٠. ٢٤٠-"ولنا أنه إذا قذفهما بكلمة واحدة يجزئ حد واحد، أنه يظهر كذبه في قذفه، وبراءة عرضهما من رميه بحد واحد، فأجزأ، كما لو كان القذف لواحد. وإذا قذفهما بكلمتين، وجب حدان؛ لأنهما قذفان لشخصين، فوجب لكل واحد حد، كما لو قذف الثاني بعد حد الأول. وهكذا الحكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات، فالتفصيل فيه على ما ذكرناه.

وإن قذف أربع نسائه، فالحكم في الحد كذلك. وإن أراد اللعان، فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعانا مفردا، ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة، فإن طالبن جميعا، وتشاححن، بدأ بإحداهن بالقرعة، وإن لم يتشاححن، بدأ بلعان من شاء منهن، ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح. ويحتمل أن يجزئه لعان واحد، فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الأربع من الزنا. وتقول كل واحدة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى. لأنه يحصل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٣/٨

المقصود بذلك. والأول أصح؛ لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة، كالأيمان في الديون.

[فصل قال لزوجته يا زانية بنت الزانية]

(٦٢٩٣) فصل: ولو قال لزوجته: يا زانية بنت الزانية. فقد قذفها، وقذف أمها بكلمتين، والحكم في الحد لهما على ما مضى من التفصيل فيه، فإن اجتمعا في المطالبة، ففي أيتهما يقدم؟ فيه وجهان: أحدهما الأم؛ لأن حقها آكد، لكونه لا يسقط إلا بالبينة، ولأن لها فضيلة الأمومة. والثاني، تقديم البنت؛ لأنه بدأ بقذفها. ومتى حد لإحداهما، ثم وجب عليه الحد للأخرى، لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى. فإن قيل: إن الحد هاهنا حق لآدمي، فلم لا يوالى بينهما كالقصاص، فإنه لو قطع يدي رجلين، قطعنا يديه لهما، ولم نؤخره؟ قلنا: لأن حد القذف لا يتكرر بتكرر سببه قبل إقامة حده، فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه، والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلها في قصاص واحد، فإذا جاز لواحد، فلاثنين أولى.

[فصل قذف محصنا مرات]

(٦٢٩٤) فصل: وإن قذف محصنا مرات، فحد واحد، رواية واحدة، سواء قذفه بزنا آخر، أو كرر القذف بالأول؛ لأنهما حدان ترادف سببهما، فتداخلا، كالزنا مرارا. وإن قذفه فحد له، ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا، فلا حد عليه؛ لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد، فلا حاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانيا، ولما جلد عمر أبا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة، أعاد قذفه، فهم عمر بإعادة الحد عليه، فقال له علي: إن جلدته فارجم". (١)

٥٨١. ٢٤١-"المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل، أجبرتها عليه، وهبت أن أحكم عليها بالرجم؛ لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت، فكيف إذا أبت اللعان، ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعا؛ لأن الفراش قائم حتى تلتعن، والولد للفراش. قال القاضي: هذه الرواية أصح. وهذا قول من وافقنا في أنه لا حد عليها؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله﴾ [النور: ٨] فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يدرأ عنها العذاب. والرواية الثانية، يخلى سبيلها. وهو قول أبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩٠

بكر؛ لأنه لم يجب عليها الحد، فيجب تخلية سبيلها، كما لو لم تكمل البينة.

فأما الزوجية، فلا تزول، والولد لا ينتفي ما لم يتم اللعان بينهما، في قول عامة أهل العلم، إلا الشافعي، فإنه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل. وقد ذكرنا ذلك.

[مسألة أقرت الزوجة بالزنا دون الأربع مرات في اللعان]

مسألة قال: (وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات) وجملته أن الرجل إذا قذف امرأته، فصدقته، وأقرت بالزنا مرة، أو مرتين، أو ثلاثا، لم يجب عليها الحد؛ لأنه لا يثبت إلا بإقرار أربع مرات، على ما يذكر في الحدود، ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه، فلا لعان بينهما؛ لأن اللعان كالبينة، إنما يقام مع الإنكار، وإن كان بعد لعانه، لم تلاعن هي؛ لأنها لا تحلف مع الإقرار، وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: إن صدقته قبل لعانه، فعليها الحد، وليس له أن يلاعن، إلا أن يكون ثم نسب ينفيه، فيلاعن وحده، وينتفي النسب بمجرد لعانه، وإن كان بعد لعانه، فقد انتفى النسب، ولزمها الحد؛ بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه، وتقع الفرقة، ويجب الحد، فإن الحد يجب بإقرار مرة. وهذه الأصول قد مضى أكثرها.

ولو أقرت أربعا، وجب الحد، ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينفى. وإن رجعت سقط الحد عنها، بغير خلاف علمناه. وبه يقول الشافعي، وأبو ثور، وأصحابالرأي. فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول، وليس له أن يلاعن للحد، فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه. وإن أراد لعانها لنفي نسب، فظاهر قول الخرقي، أنه ليس له ذلك في جميع هذه الصور. وهو قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي: له لعانها لنفي النسب فيها كلها؛ لأنها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته، ملك نفي ولدها، فإذا كانت فاجرة فصدقته، فلأن يملك نفي ولدها أولى، ووجه الأول، أن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معا، وقد تعذر اللعان منهما؛ ولأنها لا تستحلف على نفي ما تقربه، فتعذر نفي الولد لتعذر سببه، كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان.

[فصل قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت]

(٦٢٩٧) فصل: ولو قال لامرأته: يا زانية. فقالت: بك زنيت. فلا حد عليها، ولا عليه وقال

أصحاب الشافعي:". (١)

٥٨٢. ٢٤٢-"ولنا قول الله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة، فكانت ثلاثة قروء، كغير الخلع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «قرء الأمة حيضتان» . عام، وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا، قال أبو بكر: هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس، قد خالفه قول عمر وعلي، فإنهما قالا: عدتها ثلاث حيض. وقولهما أولى. وأما ابن عمر، فقد روى مالك، عن نافع، أنه قال: عدة المختلعة عدة مطلقة. وهو **أصح** عنه.

[فصل الموطوءة بشبهة]

(٦٣٠١) فصل: والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة، وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد. وبهذا قال الشافعي؛ لأن وطء الشبهة في النكاح الفاسد، في شغل الرحم ولحوق النسب، كالوطء في النكاح الصحيح، فكان مثله فيما تحصل به البراءة. وإن وطئت المزوجة بشبهة، لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها، كي لا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج، في أحد الوجهين؛ لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج، فأبيح الاستمتاع منها بما دونه، كالحائض.

[فصل المزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة]

(٦٣٠٢) فصل: والمزني بها، كالموطوءة بشبهة في العدة. وبهذا قال الحسن، والنخعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى. وهذا قول مالك، وروي عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - لا عدة عليها. وهو قول الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي؛ لأن العدة لحفظ النسب، ولا يلحقه نسب. وقد روي عن علي - رضي الله عنه - ما يدل على ذلك. ولنا أنه وطء يقتضي شغل الرحم، فوجبت العدة منه، كوطء الشبهة.

وأما وجوبها كعدة المطلقة، فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة، كالموطوءة بشبهة. وقولهم: إنما تجب لحفظ النسب. لا يصح، فإنها لو اختصت بذلك، لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها،

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩٤

والآيسة، والصغيرة، ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع، ولو وجبت لذلك، لكان استبراء الأمه على البائع، ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك، فالحاجة إليها داعية؛ فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد، اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا، فلا يحصل حفظ النسب.". (١)

٥٨٣. ٢٤٣-"والرواية الثانية أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها. اختاره أبو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي في القديم لأن الله تعالى قال: ﴿يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . وقد كملت القروء، بدليل وجوب الغسل عليها، ووجوب الصلاة، وفعل الصيام، وصحته منها، ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث، ووقوع الطلاق بها، واللعان، والنفقة، فكذلك فيما نحن فيه.

قال القاضي: إذا شرطنا الغسل، أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج، فأما سائر الأحكام، فإنها تنقطع بانقطاع دمها. فصل: (٦٣٠٩) وإن قلنا: القروء الأطهار. فطلقها وهي طاهر، انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة، وإن طلقها حائضا، انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة. وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان ومالك، وأبي ثور. وهو ظاهر مذهب الشافعي. وحكي عنه قول آخر، لا تنقضي العدة حتى يمضي من الدم يوم وليلة؛ لجواز أن يكون الدم دم فساد، فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال. وحكى القاضي هذا احتمالا في مذهبنا أيضا.

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء، فالزيادة عليها مخالفة للنص، فلا يعول عليه، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، رواه الأثرم عنهم بإسناده، ولفظ حديث زيد بن ثابت «إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة، فقد برئت منه، وبرئ منها، ولا ترثه ولا يرثها.» وقولهم: إن الدم يجوز أن يكون دم فساد. قلنا: قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة، وتحريمها على الزوج، وسائر أحكام الحيض، فكذلك في انقضاء العدة. ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال، فإذا تبين أنه حيض، علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم، كما لو قال لها: إن حضت فأنت طالق. اختلف القائلون بهذا القول، فمنهم من قال: اليوم والليلة من العدة؛ لأنه دم تكمل به العدة، فكان منها، كالذي في أثناء الأطهار.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٨/٨

ومنهم من قال: ليس منها، إنما يتبين به انقضاؤها، ولأننا لو جعلناه منها، أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء، ولكنا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة، ولو راجعها زوجها فيها، لم تصح الرجعة. وهذا أصح الوجهين.

[مسألة اغتسلت الأمة من الحيضة الثانية في العدة]

(٦٣١٠) مسألة قال: (وإن كانت أمة، فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية) . أكثر أهل العلم يقولون: عدة الأمة بالقرء قرءان. منهم؛ عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحابالرأي.، وعن ابن سيرين، عدتها عدة الحرة، إلا أن تكون". (١)

٥٨٤. ٢٤٤-"[فصل أقل سن الحيض للمرأة المعتدة]

(٦٣١٥) فصل: وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين؛ لأن المرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد من تحيض لتسع. وقد روي عن الشافعي أنه قال: رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة. فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين في الغالب عاما ونصفا، وقسمت الباقي بينها وبين ابنتها، كانت كل واحدة منهما قد حلمت لدون عشر سنين. فإن رأت دما قبل ذلك، فليس بحيض؛ لأنه لم يوجد مثلها متكررا، والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة، ولم يوجد ذلك، فلا يعتد به.

(٦٣١٦) فصل: فإن بلغت سنا تحيض فيه النساء في الغالب، فلم تحض، كخمس عشرة سنة، فعدتها ثلاثة أشهر، في ظاهر قول الخرقي، وهو قول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا، وقال: رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه، وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة. قال القاضي: هذه الرواية أصح؛ لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض، صارت مرتابة، يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها، فيجب أن تعتد بسنة، كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده.

ولنا قول الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] وهذه من اللائي لم يحضن، ولأن الاعتبار بحال المعتدة، لا بحال غيرها، ولهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٤/٨

لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب، مثل أن تحيض ولها عشر سنين، اعتدت بالحيض، وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه؛ فإنها من ذوات القروء، وهذه لم تكن منهن.

[مسألة طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة وهي أمة]

مسألة قال: وإذا طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة، وهي أمة، فلم تنقض عدتها حتى أعتقت، بنت على عدة حرة. وإن طلقها طلاقا لا يملك فيه الرجعة، فأعتقت، اعتدت عدة أمة هذا قول الحسن والشعبي والضحاك وإسحاق وأصحابالرأي. وهو أحد أقوال. الشافعي والقول الثاني، تكمل عدة أمة، سواء كانت بائنا أو رجعية. وهو قول مالك وأبي ثور؛ لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها، فلا يعتبر حكمها، كما لو كانت بائنا. أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء، ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية، فكان الاعتبار بحالة الوجوب، كالحد.

وقال عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال. وهو القول الثالث للشافعي؛ لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة، انتقلت إليها وإن كانت بائنا، كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم.". (١)

٥٨٥. ٢٤٥-"فيه شيء من خلق الآدمي، علم أنه حمل، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] . الحال الثاني، ألقت نطفة أو دما، لا تدري هل هو ما يخلق منه الآدمي أو لا؟ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام؛ لأنه لم يثبت أنه ولد، لا بالمشاهدة ولا بالبينة.

الحال الثالث ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة، فشهد ثقات من القوابل، أن فيه صورة خفية، بان بها أنها خلقة آدمي، فهذا في حكم الحال الأول، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد. الحال الرابع، إذا ألقت مضغة لا صورة فيها، فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي، فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به، ولكن تصير به أم ولد؛ لأنه مشكوك في كونه ولدا، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقها، فيثبت كونها أم ولد احتياطا، ولا تنقضي العدة احتياطا. ونقل حنبل أنها تصير أم ولد، ولم يذكر العدة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٨/٨

فقال بعض أصحابنا : على هذا تنقضي به العدة. وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي، أشبه ما لو تصور. .

والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة، لأنه لم يذكرها، ولم يتعرض لها. الحال الخامس، أن تضع مضغة لا صورة فيها، ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي، فهذا لا تنقضي به عدة، ولا تصير به أم ولد؛ لأنه لم يثبت كونه ولدا ببينة ولا مشاهدة، فأشبه العلقة، فلا تنقضي العدة بوضع ما قبل المضغة بحال، سواء كان نطفة أو علقة، وسواء قيل: إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل. نص عليه أحمد فقال: أما إذا كان علقة، فليس بشيء، إنما هي دم، لا تنقضي به عدة، ولا تعتق به أمة. ولا نعلم مخالفا في هذا، إلا الحسن، فإنه قال: إذا علم أنها حمل، انقضت به العدة، وفيه الغرة. والأول **أصح**، وعليه الجمهور.

وأقل ما تنقضي به العدة من الحمل، أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه، فيكون نطفة أربعين يوما، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك ". ولا تنقضي العدة بما دون المضغة، فوجب أن تكون بعد الثمانين، فأما ما بعد الأربعة أشهر، فليس فيه إشكال؛ لأنه منكس في الخلق الرابع.". (١)

٥٨٦. ٢٤٦-"وجوده، وجب أن يحكم به، ولا يزاد عليه؛ لأنه ما وجد، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما إذا ثبت هذا، فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون، من يوم موت الزوج أو طلاقه، ولم تكن تزوجت، ولا وطئت، ولا انقضت عدتها بالقروء، ولا بوضع الحمل، فإن الولد لاحق بالزوج، وعدتها منقضية به.

[فصل أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ]

(٦٣٣٨) فصل: وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات، أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها؛ لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح، والبينونة منه، وكونها قد صارت منه أجنبية، فأشبهت سائر الأجنبيات. ومفهوم كلام الخرقي أن عدتها لا تنقضي به؛ لأنه لا ينتفي عنه بغير لعان، فلم تنقض عدتها منه بوضعه، كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٠/٨

منذ نكحها. وقال أبو الخطاب: هل تنقضي به العدة؟ على وجهين. وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به، وهو مذهب الشافعي لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه، بأن يكون قد وطئها بشبهة، أو جدد نكاحها، فوجب أن تنقضي به العدة، وإن لم يلحق به، كالولد المنفي باللعان، وبهذا فارق الذي أتت به لأقل من ستة أشهر، فإنه ينتفي عنه يقينا.

ثم ناقضوا قولهم، فقالوا: لو تزوجت في عدتها، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني، ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الأول، فالولد منتف عنهما، ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما. وهذا **أصح**؛ فإن احتمال كونه منه، لم يكف في إثبات نسب الولد منه، مع أنه يثبت بمجرد الإمكان، فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى. وما ذكروه منتقض بما سلموه. وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح؛ فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة، أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه، فاستويا. وأما المنفي باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه، ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة إليها، حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها، وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه، فثبتت.

[فصل أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدا من بعد انقضائها]

(٦٣٣٩) فصل: وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء، ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعدا من بعد انقضائها، لم يلحق نسبه بالزوج. وبه قال أبو حنيفة، وابن سريج، وقال مالك والشافعي يلحق به، ما لم تتزوج، أو يبلغ أربع سنين. وكلام الخرقي يحتمل ذلك؛ فإنه أطلق قوله: إذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد؛ وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه، وليس معه من هو أولى منه، ولا من يساويه، فوجب أن يلحق به، كما لو أتت به بعد عقد النكاح.". (١)

٥٨٧. ٢٤٧-"ثوبا مصبوغا» . وقوله: «لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق» .

فأما ما لا يقصد بصبغه حسنه، كالكحلي، والأسود، والأخضر المشبع، فلا تمنع منه؛ لأنه ليس بزينة. وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان؛ أحدهما: يحرم لبسه؛ لأنه أرفع وأحسن؛ ولأنه مصبوغ للحسن، فأشبه ما صبغ بعد نسجه. والثاني لا يحرم؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حديث أم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٢/٨

سلمة: «إلا ثوب عصب» . وهو ما صبغ غزله قبل نسجه. ذكره القاضي؛ ولأنه لم يصبغ وهو ثوب، فأشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ، والأول أصح، وأما العصب، فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب. قال صاحب الروض الأنف الورس والعصب نبتان باليمن، لا ينبتان إلا به. فأرخص النبي - صلى الله عليه وسلم - للحادة في لبس ما صبغ بالعصب؛ لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين، أما ما صبغ غزله للتحسين، كالأحمر والأصفر، فلا معنى لتجويز لبسه، مع حصول الزينة بصبغه، كحصولها بما صبغ بعد نسجه.

ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة، وإن كان رقيقا، سواء كان من قطن أو كتان أو إبريسم؛ لأن حسنه من أصل خلقته، فلا يلزم تغييره، كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة، لا يلزمها أن تغير لونها، وتشوه نفسها. القسم الثالث: الحلي، فيحرم عليها لبس الحلي كله، حتى الخاتم، في قول عامة أهل العلم؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولا الحلي» . وقال عطاء: يباح حلي الفضة دون الذهب. وليس بصحيح؛ لأن النهي عام؛ ولأن الحلي يزيد حسنها، ويدعو إلى مباشرتها، قالت امرأة:

وما الحلي إلا زينة لنقيصة ... تتمم من حسن إذا الحسن قصرا

(٦٣٩١) فصل: والثالث مما تجتنبه الحادة النقاب، وما في معناه، مثل البرقع ونحوه؛ لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة.

[فصل المتوفى عنها زوجها تعتد في منزلها]

(٦٣٩٢) فصل: والرابع المبيت في غير منزلها. وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد في منزلها، عمر، وعثمان - رضي الله عنهما - وروي ذلك عن ابن عمر، وابن مسعود، وأم سلمة، وبه يقول مالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق وقال ابن عبد البر: وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار، بالحجاز، والشام، والعراق، ومصر وقال جابر بن زيد، والحسن، وعطاء تعتد حيث شاءت.

وروي ذلك عن علي، وابن عباس، وجابر، وعائشة - رضي الله عنهم - قال ابن عباس: نسخت هذه الآية عدتها عند أهله، وسكنت في وصيتها، وإن شاءت خرجت؛ لقول الله تعالى:". (١)

(١) المغني لابن قدامة ١٥٨/٨

٥٨٨. ٢٤٨-"(٦٤١٢) المسألة الثانية: أن تكون الرضعات متفرقات، وبهذا قال الشافعي. والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقا، ولم يحدها بزمن ولا مقدار، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف، فإذا ارتضع الصبي، وقطع قطعا بينا باختياره، كان ذلك رضعة، فإذا عاد كانت رضعة، أخرى.

فأما إن قطع لضيق نفس، أو للانتقال من ثدي إلى ثدي، أو لشيء يلهيه، أو قطعت عليه المرضعة، نظرنا؛ فإن لم يعد قريبا فهي رضعة، وإن عاد في الحال، ففيه وجهان أحدهما، أن الأولى رضعة، فإذا عاد فهي رضعة أخرى. وهذا اختيار أبي بكر، وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل، فإنه قال: أما ترى الصبي يرتضع من الثدي، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح، فإذا فعل ذلك فهي رضعة، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد، فكانت رضعة وإن عاد، كما لو قطع باختياره. والوجه الآخر، أن جميع ذلك رضعة. وهو مذهب الشافعي، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة، ففيه وجهان؛ لأنه لو حلف: لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة.

فاستدام الأكل زمنا، أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام، لم يعد إلا أكلة واحدة، فكذا هاهنا. والأول أصح؛ لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة، فكذا هذا.

[مسألة السعوط كالرضاع وكذلك الوجور]

(٦٤١٣) مسألة؛ قال: الشافعي: (والسعوط كالرضاع، وكذلك الوجور) معنى السعوط: أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره. والوجور: أن يصب في حلقه صبا من غير الثدي. واختلفت الرواية في التحريم بهما، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك، كما يثبت بالرضاع. وهو قول الشعبي والثوري، وأصحابالرأي. وبه قال مالك في الوجور.

والثانية لا يثبت بهما التحريم. وهو اختيار أبي بكر، ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط؛ لأن هذا ليس برضاع، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولأنه حصل من غير ارتضاع، فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه. ولنا، ما روى ابن مسعود، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا رضاع، إلا ما أنشز العظم، وأنبت اللحم» رواه أبو داود. ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع، فيجب أن يساويه في

التحريم، والأنف سبيل الفطر للصائم. فكان سبيلا للتحريم، كالرضاع بالفم.". (١)

٥٨٩. ٢٤٩-"يصيرا أخوين، ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما، في قول عامتهم. وقال الكرابيسي: يتعلق به التحريم؛ لأنه لبن آدمي، أشبه لبن الآدمية. وحكي عن بعض السلف، أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة، صارا أخوين. وليس بصحيح؛ لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة، فلا يثبت به تحريم الأخوة، لأن الأخوة فرع على الأمومة، وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة لذلك، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود، فلم يتعلق به التحريم، كسائر الطعام. فإن ثاب لخنثى مشكل لبن، لم يثبت به التحريم؛ لأنه لم يثبت كونه امرأة، فلا يثبت التحريم مع الشك.

وقال ابن حامد:: يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى. فعلى قوله يثبت التحريم، إلا أن يتبين كونه رجلا؛ لأنه لا يأمن كونه محرما. (٦٤٢٤) فصل: وإن ثاب لامرأة لبن من غير وطء، فأرضعت به طفلا، نشر الحرمة، في أظهر الروايتين. وهو قول ابن حامد، ومذهب مالك، والثوري، والشافعي، وأبي ثور، وأصحابالرأي، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر؛ لقول الله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ [النساء: ٢٣] . ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم، كما لو ثاب بوطء، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال، وإن كان هذا نادرا، فجنسه معتاد. والرواية الثانية، لا ينشر الحرمة؛ لأنه نادر، لم تجر العادة به لتغذية الأطفال، فأشبه لبن الرجال. والأول أصح.

[فصل لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة]

(٦٤٢٥) فصل: إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد، له منهن لبن، فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة، لم يصرن أمهات له، وصار المولى أبا له. وهذا قول ابن حامد؛ لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات. وفيه وجه آخر، لا تثبت الأبوة؛ لأنه رضاع لم يثبت الأمومة، فلم يثبت الأبوة، كالارتضاع بلبن الرجل. والأول أصح؛ فإن الأبوة إنما تثبت لكونه رضع من لبنه، لا لكون المرضعة أما له.

ولأصحابالشافعي وجهان، كهذين. وإذا قلنا بثبوت الأبوة، حرمت عليه المرضعات؛ لأنه ربيبهن، وهن موطوءات أبيه. وإن كان لرجل خمس بنات، فأرضعن طفلا، كل واحدة رضعة، لم يصرن أمهات له. وهل يصير الرجل جدا له، وأولاده أخوالا له وخالات؟ على وجهين: أحدهما: يصير جدا، وأخوهن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٣/٨

خالا؛ لأنه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته، فأشبه ما لو كان من واحدة.".
(١)

٥٩٠. ٢٥٠-"فلا نفقة ولا سكنى» رواه الإمام أحمد، والأثرم، والحميدي، وغيرهم قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها، قول أحمد ابن حنبل ومن تابعه أصح وأحج؛ لأنه ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - نصا صريحا، فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، الذي هو المبين عن الله مراده؟ ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾ [الطلاق: ٦]

وأما قول عمر، ومن وافقه، فقد خالفه علي وابن عباس، ومن وافقهما، والحجة معهم، ولو لم يخالفه أحد منهم، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فإن قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حجة على عمر وعلى غيره، ولم يصح عن عمر أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا، لقول امرأة فإن أحمد أنكره، وقال: أما هذا فلا، ولكن قال: لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية، فأي حجة في شيء يخالفه الإجماع، وترده السنة، ويخالفه فيه علماء الصحابة قال إسماعيل بن إسحاق: نحن نعلم أن عمر لا يقول: لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا، بقوله سبحانه: ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦]

وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن؛ لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق وقد روى أبو داود، وغيره من الأئمة، بإسنادهم عن ابن عباس، قال «ففرق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بينهما يعني المتلاعنين وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت» ولأن هذه محرمة عليه تحريما لا تزيله الرجعة، فلم يكن لها سكنى ولا نفقة، كالملاعنة أو كالأجنبية، وفارقت الرجعية في ذلك وأما الرجعية، فلها السكنى والنفقة؛ للآية والخبر والإجماع، ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه.

[فصل الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل]

(٦٥٢٧) فصل: فأما الملاعنة فلا سكنى لها، ولا نفقة، إن كانت غير حامل، للخبر وكذلك إن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٠/٨

كانت حاملا فنفى حملها، وقلنا: إنه ينتفي عنه أو قلنا: إنه ينتفي بزوال الفراش وإن قلنا: لا ينتفي بنفيه أو لم ينفه، وقلنا: إنه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة؛ لأن ذلك للحمل، أو لها بسببه، وهو موجود، فأشبهت المطلقة البائن فإن نفى الحمل، فأنفقت أمه، وسكنت من غير الزوج، وأرضعت، ثم استلحقه الملاعن، لحقه، ولزمته النفقة وأجرة المسكن والرضاع؛ لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له، فإذا ثبت له أب، لزمه ذلك، ورجع به عليه فإن قيل: النفقة لأجل الحمل نفقة الأقارب، وهي تسقط بمضي الزمان، فكيف ترجع عليه بها". (١)

٥٩١. ٢٥١-"يسقط عنه؟ قلنا: بل النفقة للحامل من أجل الحمل، فلا تسقط، كنفقتها في الحياة، وإن سلمنا أنها للحمل، إلا أنها مصروفة إليها، ويتعلق بها حقها، فلا تسقط بمضي الزمان، كنفقتها.

[فصل المعتدة من الوفاة إن كانت حائلا]

فصل: فأما المعتدة من الوفاة، فإن كانت حائلا، فلا سكنى لها ولا نفقة؛ لأن النكاح قد زال بالموت، وإن كانت حاملا، ففيها روايتان؛ إحداهما، لها السكنى والنفقة؛ لأنها حامل من زوجها، فكانت لها السكنى والنفقة، كالمفارقة في الحياة والثانية، لا سكنى لها ولا نفقة؛ لأن المال قد صار للورثة، ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله، ولا يلزم ذلك الورثة؛ لأنه إن كان للميت ميراث، فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن له ميراث، لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته، كما بعد الولادة قال القاضي: وهذه الرواية أصح.

[فصل نفقة الحامل]

(٦٥٢٩) فصل: وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل أو للحمل، فيه روايتان؛ إحداهما: تجب للحمل اختارها أبو بكر؛ لأنها تجب بوجوده، وتسقط عند انفصاله، فدل على أنها له والثانية، تجب لها من أجله؛ لأنها تجب مع اليسار والإعسار، فكانت له كنفقة الزوجات، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان، فأشبهت نفقتها في حياته وللشافعي قولان، كالروايتين وينبني على هذا الاختلاف فروع؛ منها، أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة، وقلنا: النفقة للحمل فنفقتها على سيدها؛ لأنه ملكه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٣٣

وإن قلنا: لها فعلى الزوج؛ لأن نفقتها عليه وإن كان الزوج عبدا، وقلنا: هي للحمل فليس عليه نفقة؛ لأنه لا تلزمه نفقة ولده وإن قلنا: لها فالنفقة عليه؛ لما ذكرناه

وإن كانت حاملا من نكاح فاسد، أو وطء شبهة، وقلنا: النفقة للحمل فعلى الزوج والواطئ؛ لأنه ولده، فلزمته نفقته كما بعد الوضع وإن قلنا: للحامل فلا نفقة عليه؛ لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها وإن نشزت امرأة إنسان، وهي حامل، وقلنا: النفقة للحمل لم تسقط نفقتها؛ لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه وإن قلنا: لها فلا نفقة لها؛ لأنها ناشز.

[فصل وقت دفع نفقة الحامل المطلقة إليها]

(٦٥٣٠) فصل: ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوما فيوما، كما يلزمه دفع نفقة الرجعية وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع؛ لأن الحمل غير متحقق؛ ولهذا: وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله". (١)

٥٩٢. ٢٥٢-"[فصل بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء]

(٦٥٥٣) فصل: في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة، عند اجتماع الرجال والنساء أولى الكل بها الأم، ثم أمهاتها وإن علون، يقدم منهن الأقرب فالأقرب؛ لأنهن نساء ولادتهن متحققة، فهي في معنى الأم وعن أحمد: أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم فعلى هذه الرواية، يكون الأب أولى بالتقديم؛ لأنهن يدلين به، فيكون الأب بعد الأم، ثم أمهاته والأولى هي المشهورة عند أصحابنا ، وإن المقدم الأم، ثم أمهاتها، ثم الأب، ثم أمهاته، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم جد الأب، ثم أمهاته وإن كن غير وارثات؛ لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة، بخلاف أم أبي الأم

وحكي عن أحمد رواية أخرى؛ أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات والأولى هي المشهورة في المذهب فإذا انقرض الآباء والأمهات، انتقلت الحضانة إلى الأخوات، وتقدم الأخت من الأبوين، ثم الأخت من الأب، ثم الأخت من الأم، وتقدم الأخت على الأخ؛ لأنها امرأة من أهل الحضانة، فقدمت على من في درجتها من الرجال، كالأم تقدم على الأب، وأم الأب على أبي الأب، وكل جدة في درجة جد تقدم عليه؛ لأنها تلي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٤/٨

الحضانة بنفسها، والرجل لا يليها بنفسه وفيه وجه آخر، أنه يقدم عليها؛ لأنه عصبة بنفسه والأول أولى

وفي تقديم الأخت من الأبوين، أو من الأب على الجد، وجهان وإذا لم تكن أخت، فالأخ للأبوين أولى، ثم الأخ للأب، ثم أبناؤهما، ولا حضانة للأخ للأم؛ لما ذكرنا فإذا عدموا، صارت الحضانة للخالات، على الصحيح، وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات ولا حضانة للأخوال، فإذا عدمن صارت للعمات، ويقدمن على الأعمام، كتقديم الأخوات على الإخوة، ثم للعم للأبوين، ثم للعم للأب، ولا حضانة للعم من الأم، ثم أبناؤهما، ثم إلى خالات الأب، على قول الخرقي، وعلى القول الآخر، إلى خالات الأم، ثم إلى عمات الأب، ولا حضانة لعمات الأم؛ لأنهن يدلين بأبي الأم، ولا حضانة له وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة، قدم المستحق منهم بالقرعة.

[فصل تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها]

(٦٥٥٤) فصل: وإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها، ففيه وجهان؛ أحدهما، تنتقل إلى الأب؛ لأن أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق، فإذا أسقطت حقها، سقط فروعها والثاني: تنتقل إلى أمها وهو **أصح**؛ لأن الأب أبعد، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه،". (١)

٥٩٣. ٢٥٣-"قال أبو الخطاب: من قطع يد ذمي، ثم أسلم ومات، ضمنه بدية ذمي، ولو قطع يد عبد، فأعتقه سيده ومات، فعلى الجاني قيمته للسيد؛ لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية، دون حال السراية، فكذلك الدية والأول **أصح**، إن شاء الله؛ لأن سراية الجرح مضمونة، فإذا أتلفت حرا مسلما، وجب ضمانه بدية كاملة، كما لو قتله بجرح ثان.

وقول أحمد، في من فقأ عيني عبد: عليه قيمته للسيد. لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة، ولم يذكره أحمد. ولأن الواجب مقدر بما تفضي إليه السراية دون ما تتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه، فسرى القطع إلى نفسه، لم يلزم الجاني أكثر من دية، ولو قطع إصبعا، فسرى إلى نفسه، لوجبت الدية كاملة، فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم، تجب ديته كاملة. فأما إن جرح مرتدا، أو حربيا فسرى الجرح إلى نفسه، فلا قصاص فيه ولا دية، سواء أسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٧/٨

قبل السراية أو لم يسلم؛ لأن الجرح غير مضمون، فلم يضمن سرايته، بخلاف التي قبلها.

[فصل قطع يد مسلم فارتد ثم مات بسراية الجرح]
(٦٥٩٥) فصل: ولو قطع يد مسلم فارتد، ثم مات بسراية الجرح، لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة؛ لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربيا، ثم مات من جراحه. وأما اليد، فالصحيح أنه لا قصاص فيها. وذكر القاضي وجها في وجوب القصاص فيها؛ لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته، فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله، أو جاء آخر فقتله، وللشافعي في وجوب القصاص قولان.
ولنا، أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل، فلم يجب القطع، كما لو قطع من غير مفصل، وفارق ما قاسوا عليه، فإن القطع لم يصر قتلا. وهل تجب دية الطرف؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا ضمان فيه؛ لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم. والثاني: تجب؛ لأن سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه، كما لو قطع طرف رجل، ثم قتله آخر. فعلى هذا، هل يجب ضمانه بدية المقطوع، أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس؟ فيه وجهان: أحدهما: تجب دية المقطوع، فلو قطع يديه ورجليه، ثم ارتد ومات، ففيه ديتان؛ لأن الردة قطعت حكم السراية، فأشبه انقطاع حكمها باندمالها، أو بقتل آخر له. والثاني: يجب أقل الأمرين؛ لأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس، فمع الردة أولى؛ ولأنه قطع صار قتلا، فلم يجب أكثر من دية، كما لو لم يرتد، وفارق أصل الوجه الأول، فإنه لم يصر قتلا؟". (١)

٥٩٤. ٢٥٤-"فعل موجب للقصاص، فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه، وها هنا إذا أقمنا المخطئ مقام العامد، صار كأنه قتله بعمد وخطأ، وهذا غير موجب.

[فصل هل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع]
(٦٦٤٤) فصل: وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع؟ فيه وجهان، ذكرهما أبو عبد الله بن حامد، وصورة ذلك، أن يجرحه سبع أو يجرحه إنسان عمدا، إما قبل ذلك أو بعده، فيموت منهما، أو يجرح نفسه عمدا، ثم يجرحه غيره عمدا، فيموت منهما، فهل يجب على المشارك له قصاص؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٥/٨

فيه وجهان. واختلف عن الشافعي فيه. وقال أصحاب الرأي: لا قصاص عليه؛ لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه، فلم يلزمه قصاص، كشريك الخاطئ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب، فلم يوجب، كالقتل الحاصل من عمد وخطأ؛ ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمون، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى. والوجه الثاني، عليه القصاص. وهو قول أبي بكر. وروي عن أحمد، أنه قال: إذا جرحه رجل، ثم جرح الرجل نفسه، فمات، فعلى شريكه القصاص؛ لأنه قتل عمد متمحض، فوجب القصاص على الشريك فيه، كشريك الأب، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ، كأنه أراد ضرب جارحة، فأصاب نفسه، أو خاط جرحه، فصادف اللحم الحي، فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين. وفيه وجه آخر، أن عليه القصاص، بناء على الروايتين في شريك الخاطئ.

[فصل جرحه إنسان فتداوى بسم فمات]

(٦٦٤٥) فصل: فإن جرحه إنسان، فتداوى بسم فمات، نظرت؛ فإن كان سم ساعة يقتل في الحال، فقد قتل نفسه، وقطع سراية الجرح، وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح، وننظر في الجرح، فإن كان موجبا للقصاص، فلوليه استيفاؤه، وإن لم يكن موجبا له، فلوليه الأرش، وإن كان السم لا يقتل في الغالب، وقد يقتل، بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ، والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطئ، وإذا لم يجب القصاص، فعلى الجارح نصف الدية، وإن كان السم يقتل غالبا بعد مدة، احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضا؛ لأنه لم يقصد القتل، إنما قصد التداوي، فيكون كالذي قتله، واحتمل أن يكون في حكم العمد، فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذي قبله.

وإن جرح رجل، فخاط جرحه، أو أمر غيره فخاطه له، وكان ذلك مما يجوز أن يقتل، فحكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل، على ما مضى فيه. وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها، فهما قاتلان عليهما القود. وإن خاطه وليه، أو الإمام، وهو ممن لا ولاية عليه، فهما كالأجنبي، وإن كان لهما عليه ولاية، فلا قود عليهما؛ لأن فعلهما جائز لهما، إذ لهما". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٨/٨

٥٩٥. ٢٥٥-"وإن كانت المقطوعة ذات أظفار، إلا أنها خضراء، أو مستحشفة، أخذنا بها السليمة؛ لأن ذلك علة ومرض، والمرض لا يمنع القصاص، بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم.

[مسألة كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة القصاص]

(٦٧٣٧) مسألة: قال: (وإن كان القاطع أشل، والمقطوعة سالمة، فشاء المظلوم أخذها، فذلك له، ولا شيء له غيرها، وإن شاء عفا، وأخذ دية يده) أما إذا اختار الدية، فله دية يده، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص، فكانت له الدية، كما لو لم يكن للقاطع يد. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي. وإن اختار القصاص، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه إذا قطع لم تنسد العروق، ودخل الهواء إلى البدن فأفسده. سقط القصاص؛ لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف.

وإن أمن هذا، فله القصاص؛ لأنه رضي بدون حقه، فكان له ذلك، كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي، والرجل من المرأة، والحر من العبد، وليس له مع القصاص أرش؛ لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة، وإنما نقصت في الصفة، فلم يكن له أرش، كالصور التي ذكرناها. وقال أبو الخطاب: عندي له أرش مع القصاص. على قياس قوله في عين الأعور. والأول أصح؛ فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها، أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه، خارج عن الأصول، مخالف للقياس.

[فصل تؤخذ الشلاء بالشلاء القصاص]

(٦٧٣٨) فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء، إذا أمن في الاستيفاء الزيادة. وقال أصحاب الشافعي، لا تؤخذ بها، في أحد الوجهين؛ لأن الشلل علة، والعلل يختلف تأثيرها في البدن، فلا تتحقق المماثلة بينهما. ولنا، أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته، فجاز أخذ إحداهما بالأخرى، كالصحيحة بالصحيحة.

[فصل تؤخذ في القصاص اليد الناقصة بالناقصة]

(٦٧٣٩) فصل: وتؤخذ الناقصة بالناقصة، إذا تساوتا فيه، بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه؛ لأنهما تساوتا في الذات والصفة. فأما إن اختلفا، فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام، ومن الأخرى إصبع غيرها، لم يجز القصاص؛ لأن فيه أخذ إصبع بغيرها. وإن كانت يد أحدهما

ناقصة إصبعا، والأخرى ناقصة تلك الإصبع وأخرى، جاز أخذ الناقصة إصبعين بالناقصة إصبعا. وهل له أرش إصبعه الزائدة؟ فيه وجهان. ولا يجوز أخذ الأخرى بها؛ لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.". (١)

٥٩٦. ٢٥٦-"[فصل جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية]
(٦٧٦٣) فصل: وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص، فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية، سقط القصاص؛ لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال، ولا يصح الشراء؛ لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول، وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة، والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع؛ ولذلك لو باعه شيئا بجمل جذع غير معروف الصفة، لم يصح، وإن قدر الأرش بذهب أو فضة وباعه به صح.

[فصل القصاص لصغير هل لوليه العفو]
(٦٧٦٤) فصل: إذا وجب القصاص لصغير، لم يجز لوليه العفو إلى غير مال؛ لأنه لا يملك إسقاط حقه. وإن أحب العفو إلى مال، وللصبي كفاية من غيره، لم يجز؛ لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة. فإن كان فقيرا محتاجا، ففيه وجهان؛ أحدهما: له ذلك؛ لحاجته إلى المال لحفظه. قال القاضي: هذا أصح. والثاني، لا يجوز؛ لأنه لا يملك إسقاط قصاصه، وأما حاجته فإن نفقته في بيت المال. والصحيح الأول؛ فإن وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل، فأما إن كان مستحق القصاص مجنونا فقيرا فلوليه العفو على المال؛ لأنه ليست حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته. .

[فصل يصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص]
فصل: ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص؛ لأنه ليس بمال. وإن أراد المفلس القصاص، لم يكن لغرمائه إجباره على تركه. وإن أحب العفو عنه إلى مال، فله ذلك؛ لأن فيه حظا للغرماء. وإن أراد العفو على غير مال، انبنى على الروايتين؛ إن قلنا الواجب القصاص، فله ذلك؛ لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء. وإن قلنا: الواجب أحد شيئين. لم يملك؛ لأن المال يجب بقوله: عفوت عن القصاص. فقوله: على غير مال. إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه، ولا يملك ذلك. وهكذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٨

الحكم في السفيه ووارث المفلس.
وإن عفا المريض على غير مال، فذكر القاضي في موضع، أنه يصح، سواء خرج من الثلث أو لم يخرج. وذكر أن أحمد نص على هذا. وقال في موضع: يعتبر خروجه من ثلثه، ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى.

[فصل قتل من لا وارث له]
(٦٧٦٦) فصل: وإذا قتل من لا وارث له، فالأمر إلى السلطان؛ فإن أحب القصاص فله ذلك، وإن أحب العفو على". (١)

٥٩٧. ٢٥٧-"[مسألة أمسك رجلا وقتله آخر]
(٦٧٦٩) مسألة: قال: (وإذا أمسك رجلا وقتله آخر، قتل القاتل، وحبس الماسك حتى يموت) يقال أمسك ومسك ومسك. وقد جمع الخرقي بين اللغتين، فقال: إذا أمسك، وحبس الماسك. وهو اسم الفاعل من مسك مخففا. ولا خلاف في أن القاتل يقتل؛ لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق، وأما الممسك، فإن لم يعلم أن القاتل يقتله، فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب، والقاتل مباشر، فسقط حكم المتسبب به.
وإن أمسكه له ليقتله، مثل إن ضبطه له حتى ذبحه له. فاختلفت الرواية فيه عن أحمد؛ فروي عنه أنه يحبس حتى يموت. وهذا قول عطاء وربيعة. وروي ذلك عن علي. وروي عن أحمد، أنه يقتل أيضا. وهو قول مالك قال سليمان بن أبي موسى: الإجماع فينا أن يقتل؛ لأنه لو لم يمسكه، ما قدر على قتله، وبإمساكه تمكن من قتله، فالقتل حاصل بفعلهما، فيكونان شريكين فيه، فيجب عليهما القصاص، كما لو جرحاه.
وقال أبو حنيفة، والشافعي وأبو ثور وابن المنذر: يعاقب، ويأثم، ولا يقتل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " إن أعتى الناس على الله، من قتل غير قاتله ". والممسك غير قاتل، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ، فإذا اجتمعت معه المباشرة، كان الضمان على المباشر، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله، ولنا، ما روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٢/٨

أمسك الرجل، وقتله الآخر، يقتل الذي قتل، ويحبس الذي أمسك» ولأنه حبسه إلى الموت، فيحبس الآخر إلى الموت، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات، فإننا نفعل به ذلك حتى يموت.

[فصل اتبع رجلا ليقتله فأدركه أخر]

(٦٧٧٠) فصل: وإن اتبع رجلا ليقتله، فهرب منه، فأدركه آخر، فقطع رجله، ثم أدركه الثاني فقتله، نظرت؛ فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني، فعليه القصاص في القطع، وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك؛ لأنه حبسه على القتل، وإن لم يقصد حبسه، فعليه القطع دون القتل، كالذي أمسكه غير عالم. وفيه وجه آخر، ليس عليه إلا القطع بكل حال. والأول أصح؛ لأنه الحابس له بفعله، فأشبه الحابس بإمساكه. فإن قيل: فلم اعتبرتم قصد الإمساك هاهنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل في الجارح؟". (١)

٥٩٨. ٢٥٨-"يظهر وينتشر. ولم ينكر، فيثبت إجماعا. وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث؛ ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ. واحتجوا على التغليظ في العمد، أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه، ففي العمد مع عدم العذر أولى. وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف، بهذه الأسباب؛ لأن ما أوجب تغليظ دية النفس، أوجب تغليظ دية الطرف، كالعمد.

وظاهر كلام الخرقي أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك. وهو قول الحسن، والشعبي، والنخعي، وأبي حنيفة، والجورجاني، وابن المنذر. وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: في النفس المؤمنة مائة من الإبل» . لم يزد على ذلك. (وعلى أهل الذهب ألف مثقال) وفي حديث أبي شريح، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل، وأنا والله عاقله، من قتل له قتيل بعد ذلك، فأهله بين خيرتين؛ إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية» .

وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى، فلم يزد النبي - صلى الله عليه وسلم - على الدية، ولم يفرق بين الحرم وغيره، وقول الله عز وجل: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان، وفي كل حال، ولأن عمر - رضي الله عنه -

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٤/٨

أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه، ولم يزد على مائة. وروى الجوزجاني، بإسناده عن أبي الزناد، أن عمر بن عبد العزيز، كان يجمع الفقهاء، فكان مما أحيي من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم، أن ناسا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف، فتكون ستة عشر ألف درهم، فألغى عمر، - رحمه الله -، ذلك بقول الفقهاء، وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام، والبلد الحرام، وغيرهما.

قال ابن المنذر: وليس بثابت ما روي عن الصحابة في هذا. ولو صح فقول عمر يخالفه، وقوله أولى من قول من خالفه، وهو أصح في الرواية، مع موافقته الكتاب والسنة والقياس.

[فصل لا تغلظ الدية بموضع غير الحرم]

(٦٧٩٢) فصل: ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم. وقال أصحاب الشافعي: تغلظ الدية بالقتل في المدينة. على قوله القديم؛ لأنها مكان يحرم صيده، فأشبهت الحرم. وليس بصحيح؛ لأنها ليست محلا للمناسك، فأشبهت سائر". (١)

٥٩٩. ٢٥٩-"ولنا، حديث ابن عباس، ولأنها جناية عمد، فلا تحملها العاقلة، كالموجبة للقصاص، وجناية الأب على ابنه، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ، لكون الجاني معذورا، تخفيفا عنه، ومواساة له، والعامد غير معذور، فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة، فلم يوجد فيه المقتضي. وبهذا فارق العمد الخطأ. ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه، فإنه لا قصاص فيه، ولا تحمله العاقلة.

[فصل اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس]

(٦٧٩٦) فصل: وإن اقتص بحديدة مسمومة، فسرى إلى النفس، ففيه وجهان: أحدهما: تحمله العاقلة؛ لأنه ليس بعمد محض، أشبه عمد الخطأ. والثاني: لا تحمله؛ لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالبا، فأشبه من لا قصاص له. ولو وكل في استيفاء القصاص، ثم عفا عنه، فقتله الوكيل من غير علم بعفوه، فقال القاضي: لا تحمله العاقلة؛ لأنه عمد قتله. وقال أبو الخطاب: تحمله العاقلة؛ لأنه لم يقصد الجناية، ومثل هذا يعد خطأ، بدليل ما لو قتل في دار الحرب مسلما يظنه حربيا، فإنه عمد قتله، وهو أحد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨١/٨

نوعي الخطأ. وهذا أصح. ولأصحابالشافعي وجهان، كهذين.

[فصل عمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة]

(٦٧٩٧) فصل: وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا تحمله؛ لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه، فأشبه القتل من البالغ. ولنا، أنه لا يتحقق منهما كمال القصد، فتحمله العاقلة، كشبه العمد، ولأنه قتل لا يوجب القصاص، لأجل العذر، فأشبه الخطأ وشبه العمد. وبهذا فارق ما ذكروه، ويبطل ما ذكروه بشبه العمد.

[المسألة الثالثة لا تحمل العاقلة الصلح]

(٦٧٩٨) المسألة الثالثة: أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعي عليه القتل، فينكره ويصالح المدعي على مال، فلا تحمله العاقلة؛ لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره، فلم تحمله العاقلة، كالذي ثبت باعترافه. وقال القاضي: معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية. والتفسير الأول أولى؛ لأن هذا عمد، فيستغنى عنه بذكر العمد. وممن قال: لا تحمل العاقلة الصلح. ابن عباس، والزهري، والشعبي، والثوري، والليث، والشافعي، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو حملته العاقلة، أدى إلى أن يصالح بمال غيره، ويوجب عليه حقا بقوله.". (١)

٦٠٠. ٢٦٠-"يحمل عقله أحد؛ لأن موالي الأم قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله، وموالي الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته، فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفردا، فيخرج فيه مثل ما قلنا في المسألة التي قبلها.

[فصل جنى الرجل على نفسه خطأ أو علي أطرافه]

(٦٨٠٧) فصل: وإن جنى الرجل على نفسه خطأ، أو على أطرافه، ففيه روايتان. قال القاضي: أظهرهما أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث. وهذا قول الأوزاعي، وإسحاق؛ لما روي أن رجلا ساق حمارا فضربه بعصا كانت معه، فطارت منها شظية، فأصابت عينه ففقأتها فجعل عمر، ديته على عاقلته، وقال: هي يد من أيدي المسلمين، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٣/٨

يصبها اعتداء على أحد. ولم نعرف له مخالفا في عصره. ولأنها جناية خطأ، فكان عقلها على عاقلته، كما لو قتل غيره.

فعلى هذه الرواية، إن كانت العاقلة الورثة، لم يجب شيء؛ لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه، وإن كان بعضهم وارثا، سقط عنه ما يقابل نصيبه، وعليه ما زاد على نصيبه، وله ما بقي إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه. والرواية الثانية، جنايته هدر. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ ربيعة، ومالك، والثوري والشافعي، وأصحابالرأي. وهي **أصح**؛ لأن عامر بن الأكوع بارز مرحبا يوم خيبر، فرجع سيفه على نفسه، فمات، ولم يبلغنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى فيه بدية ولا غيرها، ولو وجبت لبينه النبي – صلى الله عليه وسلم –.

ولأنه جنى على نفسه، فلم يضمنه غيره، كالعمد، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنما كان مواساة للجاني، وتخفيفا عنه، وليس على الجاني هاهنا شيء يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه، فلا وجه لإيجابه. ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره، فإنه لو لم تحمله العاقلة، لأجحف به وجوب الدية لكثرتها. فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد، فهل تجري مجرى الخطأ؟ على وجهين: أحدهما: هي كالخطأ؛ لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره. والثاني، لا تحمله العاقلة؛ لأنه لا عذر له، فأشبه العمد المحض.

[فصل خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد]

(٦٨٠٨) فصل: وأما، خطأ الإمام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد، فهو على عاقلته. بغير خلاف، إذا كان مما تحمله العاقلة، وما حصل باجتهاده، ففيه روايتان: إحداهما: على عاقلته أيضا؛ لما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء،". (١)

٦٠١. ٢٦١–"وهل تؤدى من بيت المال في دفعة واحدة، أو في ثلاث سنين؟ على وجهين؛ أحدهما: في ثلاث سنين، على حسب ما يؤخذ من العاقلة. والثاني، يؤدي دفعة واحدة. وهذا **أصح**؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أدى دية الأنصاري دفعة واحدة، وكذلك عمر، ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة، فيجب كله في الحال، كسائر بدل المتلفات، وإنما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٧/٨

حاجة إلى ذلك في بيت المال، ولهذا يؤدى الجميع (٦٨٣٠) الفصل الثاني: إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال، فليس على القاتل شيء. وهذا أحد قولي الشافعي؛ لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء، بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها، ولا تجب على غير من وجبت عليه، كما لو عدم القاتل، فإن الدية لا تجب على أحد، كذا هاهنا.

فعلى هذا، إن وجد بعض العاقلة، حملوا بقسطهم، وسقط الباقي، فلا يجب على أحد، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه. وهذا القول الثاني للشافعي؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبرا للمحل الذي فوته، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل، فإذا لم يؤخذ ذلك، بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول، وبين إيجاب ديته على المتلف، لا يجوز الأول؛ لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة، فتعين الثاني، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله، والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية، ومن رمى سهما ثم أسلم، أو كان مسلما فارتد، أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه، ثم أصاب بسهم إنسانا فقتله، كانت الدية في ماله؛ لتعذر حمل عاقلته عقله، كذلك هاهنا، فنحرر منه قياسا فنقول: قتيل معصوم في دار الإسلام، تعذر حمل عاقلته عقله، فوجب على قاتله، كهذه الصورة.

وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار في أغلب الأحوال، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال، فتضيع الدماء، ويفوت حكم إيجاب الدية. وقولهم: إن الدية تجب على العاقلة ابتداء. ممنوع، وإنما تجب على القاتل، ثم تتحملها العاقلة عنه. وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء، لكن مع وجودهم، أما مع عدمهم، فلا يمكن القول بوجوبها عليهم. ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور. فعلى هذا، تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها، أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها. والله أعلم.

[مسألة دية الحر الكتابي]

(٦٨٣١) مسألة: قال: (ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم، ونساؤهم، على النصف من

دياتهم)". (١)

٦٠٢. ٢٦٢-"أو فرس؛ لأن الغرة اسم لذلك، وقد جاء في حديث أبي هريرة، قال: «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل» . وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة، ونحوه قال الشعبي؛ لأنه روي في حديث «عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه جعل في ولدها مائة شاة» . رواه أبو داود.

وروي عن عبد الملك بن مروان، أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين دينارا، فإذا كان مضغة، فأربعين، فإذا كان عظما ستين، فإذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين، فإن تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار. قال قتادة: إذا كان علقة فثلث غرة، وإذا كان مضغة فثلثي غرة. ولنا، «قضاء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في إملاص المرأة بعبد أو أمة» ، وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قاضية على ما خالفها. وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس، عن سائر الرواة، فالظاهر أنه وهم فيه، وهو متروك في البغل بغير خلاف، وكذلك في الفرس، وهذا الحديث الذي ذكرناه أصح ما روي فيه، وهو متفق عليه، وقد قال به أكثر أهل العلم، فلا يلتفت إلى ما خالفه.

وقول عبد الملك بن مروان، تحكم بتقدير لم يرد به الشرع، وكذلك قتادة، وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق بالاتباع من قولهما. إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة، فإن أراد دفع بدلها ورضي المدفوع إليه، جاز؛ لأنه حق آدمي، فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل، فله ذلك؛ لأن الحق فيها، فلا يقبل بدلها إلا برضاهما. وتجب الغرة سالمة من العيوب، وإن قل العيب؛ لأنه حيوان وجب بالشرع، فلم يقبل فيه المعيب، كالشاة في الزكاة، ولأن الغرة الخيار، والمعيب ليس من الخيار. ولا يقبل فيها هرمة، ولا ضعيفة، ولا خنثى، ولا خصي، وإن كثرت قيمته؛ لأن ذلك عيب. ولا يتقدر سنها، في ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أبي حنيفة.

وقال القاضي، وأبو الخطاب، وأصحابالشافعي: لا يقبل فيها من له دون سبع سنين؛ لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه، وليس من الخيار. وذكر بعض أصحاب الشافعي، أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة؛ لأنه لا يدخل على النساء، ولا ابنة عشرين؛ لأنها تتغير. وهذا تحكم لم يرد الشرع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٨/٨

به فيجب أن لا يقبل. وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره، يدل على أنه خيار، ولم يشهد لما ذكروه نص، ولا له نظير يقاس عليه، والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية، وأقدر على التصرف، وأنفع في الخدمة، وقضاء الحاجة، وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات، بلا حاجة إلى دخوله عليهن، وإن أريد به سيدته، فليس بصحيح، فإن الله تعالى قال: ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات﴾ [النور: ٥٨] إلى قوله:". (١)

٦٠٣. ٢٦٣-"آدميا، ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه، ويسقط ضمان نصيبه؛ لأنه ملكه. وإن أعتقها الضارب بعد ضربها، وكان معسرا، ثم أسقطت، عتق نصيبه منها ومن ولدها، وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم، وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حرا، يورث عنه بمنزلة مال الجنين، ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية. والباقي لباقي ورثته.

هذا قول القاضي، وقياس قول ابن حامد. وهو مذهب الشافعي. وقياس قول أبي بكر وأبي الخطاب، لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه؛ لأنه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه، والاعتبار في الضمان بحال الجناية، وهي الضرب، ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي.

وهذا أصح، إن شاء الله؛ لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون، فأشبه ما لو جرح حربيا فأسلم، ثم مات بالسراية، ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب، فلا يتجدد ضمانه بعد موته، والأصل براءة ذمته.

وإن كان المعتق موسرا، سرى العتق إليها وإلى جنينها، وفي الضمان الوجهان؛ فعلى قول القاضي، في الجنين غرة موروثة عنه. وعلى قياس قول أبي بكر، عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه، ولا يضمن أمه؛ لأنه قد ضمنها بإعتاقها، فلا يضمنها بتلفها. وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب، وكان معسرا، فلا ضمان على الشريك في نصيبه؛ لأن العتق لم يسر إليه، وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة، يرثها ورثته على قول القاضي. وعلى قياس قول أبي بكر، يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه، يكون لسيده اعتبارا بحال الجناية. وكذلك الحكم في ضمان الأم إذا ماتت من الضربة. وإن كان المعتق موسرا، سرى العتق إليهما، وصارا حرين، وعلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠٧

المعتق ضمان نصف الأم، ولا يضمن نصف الجنين؛ لأنه يدخل في ضمان الأم، كما يدخل في بيعها، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه، على قول القاضي.

وعلى قياس قول أبي بكر، يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه، وليس عليه ضمان نصيبه؛ لأنه ملكه حال الجناية عليه. وأما ضمان الأم، ففي أحد الوجهين، فيها دية حرة، لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها. وعلى الآخر، يضمنها بقيمتها لسيدها، كما تقدم من قطع يد عبد، ثم أعتق ومات.

[فصل ضرب بطن أمته ثم أعتقها]

(٦٨٥٤) فصل: ولو ضرب بطن أمته، ثم أعتقها، ثم أسقطت جنينا ميتا، لم يضمنه. في قياس قول أبي بكر؛ لأن جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها، فلم يضمن سرايتها، كما لو خرج مرتدا فأسلم، ثم مات، ولأن موت". (١)

٦٠٤. ٢٦٤-"[فصل ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا]

(٦٨٩٤) فصل: إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا، أو ضرب ملفوفا فقده، أو ألقى عليه حائطا، أو ادعى أنه كان ميتا، وأنكر وليه ذلك، فالقول قول الولي مع يمينه. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما ادعاه محتمل، فلا نزول عن اليقين بالشك. ولنا، أن الأصل حياة المجني عليه وحريته، فيجب الحكم ببقائه، كما لو قتل من كان مسلما، وادعى أنه ارتد قبل قتله. وبهذا يبطل ما ذكره. وهكذا لو قتل في دار الإسلام إنسانا، وادعى أنه كان كافرا، وأنكر وليه، فالقول قول الولي؛ لأن الدار دار الإسلام، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها. وإن قطع عضوا وادعى شلله، أو قلع عينا وادعى عماها، وأنكر الولي، فالقول قول المجني عليه؛ لأن الأصل السلامة. وكذلك لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كف، أو قطع ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم.

وقال القاضي: إن اتفقا على أنه كان بصيرا، فالقول قول المجني عليه، وإلا فالقول قول الجاني. وهذا مذهب الشافعي. وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو؛ لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٢/٨

عليه، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه، أنه كان يتبع الشخص بصره، ويتوقى ما يتوقاه البصير، ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه، ويعدل في العطفات خلف من يطلبه. ولنا، أن الأصل السلامة، فكان القول قول من يدعيه، كما لو اختلفا في إسلام المقتول وحياته. وقولهم: لا تتعذر إقامة البينة عليه. قلنا: وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني، فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها. فإن قالوا هاهنا: ما ثبت أن الأصل وجود البصر. قلنا: الظاهر يقوم مقام الأصل، ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته وإسلامه.

[فصل زاد في القصاص من الجراح]

(٦٨٩٥) فصل: وإن زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطرابه. وأنكر المجني عليه، ففيه وجهان؛ أحدهما، القول قول المقتص منه؛ لأن الأصل عدم الاضطراب، ووجوب الضمان. والثاني؛ القول قول المقتص؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما يدعيه محتمل. والأول أصح؛ فإن الجرح سبب وجوب الضمان، وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه، الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعا عن نفسه، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.". (١)

٦٠٥. ٢٦٥-"سواء» . يعني الإبهام والخنصر. أخرجه البخاري، وأبو داود. وفي كتاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمرو بن حزم: «وفي كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل» . ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية، فكان سواء في الدية، كالأسنان، والأجفان، وسائر الأعضاء. ودية كل إصبع مقسومة على أناملها، وفي كل إصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام، فإنها أنملتان، ففي كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ثلاثة أبعرة وثلث، وفي كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل، نصف ديتها. وحكي عن مالك، أنه قال: الإبهام أيضا ثلاث أنامل، إحداها باطنة. وليس هذا بصحيح، فإن الاعتبار بالظاهر، فإن قوله - عليه السلام - «في كل إصبع عشر من الإبل» . يقتضي وجوب العشر في الظاهر؛ لأنها هي الإصبع التي يقع عليها الاسم دون ما بطن منها، كما أن السن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٤/٨

التي يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها. والحكم في أصابع اليدين والرجلين سواء؛ لعموم الخبر فيهما، وحصول الاتفاق عليهما.

[فصل دية الإصبع الزائدة]

(٦٩٥٢) فصل: وفي الإصبع الزائدة حكومة. وبذلك قال الثوري، والشافعي، وأصحابالرأي. وعن زيد بن ثابت، أن فيها ثلث دية الإصبع. وذكر القاضي أنه قياس المذهب، على رواية إيجاب الثلث في اليد الشلاء. والأول **أصح**؛ لأن التقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف، أو بمماثلته لما فيه توقيف، وليس ذلك هاهنا، لأن اليد الشلاء يحصل بها الجمال، والإصبع الزائدة لا جمال فيها في الغالب، ولأن جمال اليد الشلاء لا يكاد يختلف، والإصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها وحسنها وقبحها، فكيف يصح قياسها على اليد؟ ».

[مسألة دية البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط]

(٦٩٥٣) مسألة: قال: (وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية، وفي المثانة إذا لم يستمسك البول الدية) وبهذا قال ابن جريج، وأبو ثور، وأبو حنيفة. ولم أعلم فيه مخالفا، إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى، فيها ثلث الدية. والصحيح الأول؛ لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة، ليس في البدن مثله، فوجب في تفويت منفعته دية كاملة، كسائر الأعضاء المذكورة، فإن نفع المثانة حبس البول، وحبس البطن الغائط منفعة مثلها، والنفع بهما كثير، والضرر بفواتهما عظيم، فكان في كل واحدة منهما الدية، كالسمع والبصر. وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة، وجب على الجاني ديتان، كما لو أذهب سمعه وبصره بجناية واحدة.". (١)

٦٠٦. ٢٦٦-"الخلقة هكذا؛ لأن المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته، فيثبت حكمه في بعض ديتها، كما لو كان طارئا.

[فصل دية لسان الأخرس]

فصل: وفي لسان الأخرس روايتان أيضا، كالروايتين في اليد الشلاء. وكذلك كل عضو ذهبت منفعته،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٤/٨

وبقيت صورته، كالرجل الشلاء، والإصبع والذكر إذا كان أشل، وذكر الخصي والعنين إذا قلنا: لا تكمل ديتهما. وأشباه هذا، فكله يخرج على الروايتين؛ إحداهما؛ فيه ثلث ديته. والأخرى، حكومة.

[فصل دية اليد أو الرجل أو الإصبع أو السن الزوائد]

(٦٩٦٣) فصل: فأما اليد أو الرجل أو الإصبع أو السن الزوائد، ونحو ذلك، فليس فيه إلا حكومة. وقال القاضي: هذا في معنى اليد الشلاء، فتكون على قياسها، يخرج على الروايتين. والذي ذكرناه أصح؛ لأنه لا تقدير في هذا، ولا هو في معنى المقدر، ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله؛ لأن هذه الزوائد لا جمال فيها، إنما هي شين في الخلقة، وعيب يرد به المبيع، وتنقص به القيمة، فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما، لكنه يخالف جمال العضو الذي يحصل به تمام الخلقة، ويختلف في نفسه اختلافا كثيرا، فوجبت فيه الحكومة. ويحتمل أن لا يجب فيه شيء؛ لما ذكرنا.

[فصل دية قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه]

(٦٩٦٤) فصل: واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته، وقطع الكف بعد أصابعه؛ فروى أبو طالب عن أحمد، فيه ثلث ديته، وكذلك شحمة الأذن. وعن أحمد في ذلك كله حكومة. والصحيح في هذا، أن فيه حكومة؛ لعدم التقدير فيه، وامتناع قياسه على ما فيه تقدير، لأن الأشل بقيت صورته، وهذا لم تبق صورته، إنما بقي بعض ما فيه الدية، أو أصل ما فيه الدية. فأما قطع الذراع بعد قطع الكف، والساق بعد قطع القدم، فينبغي أن تجب الحكومة فيه، وجها واحدا؛ لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه، يفضي إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحدا، مع تفاوتهما وعدم النص فيهما. والله أعلم.". (١)

٦٠٧. ٢٦٧-"فلا شيء على الجاني؛ لأن الحكومة لأجل جبر النقص، ولا نقص هاهنا، فأشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر، وإن زادته الجناية حسنا، فالجاني محسن بجنايته، فلم يضمن، كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا، وبط خراجا. ويحتمل أن يضمن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٨/٨

قال القاضي: نص أحمد على هذا؛ لأن هذا جزء من مضمون، فلم يعر عن ضمان، كما لو أتلف مقدر الأرش فازداد به جمالا، أو لم ينقصه شيئا، فعلى هذا يقوم في هذا أقرب الأحوال إلى البرء؛ لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه، قوم في أقرب الأحوال إليه، كولد المغرور، لما تعذر تقويمه في البطن، قوم عند الوضع؛ لأنه أقرب الأحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن. وإن لم ينقص في تلك الحال، قوم والدم جار؛ لأنه لا بد من نقص للخوف عليه. ذكره القاضي. ولأصحابالشافعي وجهان، كما ذكرنا. وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته. وإن أتلف سنا زائدة، قوم وليس له سن، ولا خلفها أصلية، ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة. فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيرا، وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيرا، قدرناها ابن عشرين؛ لأنه أقرب الأحوال إلى حال المجني عليه، فأشبه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال، فإنا نقومه في أقرب أحوال النقص إلى حال الاندمال.

والأول أصح، إن شاء الله، فإن هذا لا مقدر فيه، ولم ينقص شيئا، فأشبه الضرب، وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم، إنما هو تضمين الخوف عليه، وقد زال، فأشبه ما لو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة، أو احمر، ثم زال ذلك. وتقدير المرأة رجلا لا يصح؛ لأن اللحية زين للرجل، وعيب فيها، وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح، وكذلك تقدير السن في حالة إيراد زوالها، بحالة تكره، لا يجوز؛ فإن الشيء يقدر بنظيره، ويقاس على مثله، لا على ضده، ومن قال بهذا الوجه، فإنما يوجب أدنى ما يمكن إيجابه، وهو أقل نقص يمكن تقديره.

[فصل لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه]

(٧٠٠٢) فصل: وإن لطمه على وجهه، فلم يؤثر في وجهه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة، ولم يكن له حال ينقص فيها، فلم يضمنه، كما لو شتمه. وإن سود وجهه أو خضره، ضمنه بديته؛ لأنه فوت الجمال على الكمال، فضمنه بديته، كما لو قطع أذني الأصم، وأنف الأخشم. وقال الشافعي: ليس فيه إلا حكومة؛ لأنه لا مقدر فيه، ولا هو نظير لمقدر. وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال، بل هو أعظم في ذلك، فيكون بإيجاب الدية أولى. وإن زال السواد، يرد ما أخذه؛ لزوال سبب الضمان.

وإن زال بعضه، وجبت فيه حكومة، ورد الباقي. وإن صفر وجهه أو حمره، ففيه حكومة؛ لأن الجمال لم يذهب على الكمال، وهذا يشبه ما لو سود سنه، أو غير لونها، على ما ذكرنا من التفصيل فيها.

[مسألة كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر]

(٧٠٠٣) مسألة: قال: (وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر، ففيه ما نقصه بعد التئام الجرح،". (١)

٦٠٨. ٢٦٨-"عنه القصاص. ولأن الدعوى على الأول شبهة في درء القصاص عن الثاني: وتجب الدية عليه؛ لإقراره بالقتل الموجب لها. وهذا القول أصح وأعدل، مع شهادة الأثر بصحته.

[الفصل الثالث الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث]

(٧٠٢٢) الفصل الثالث: أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث، شرعت اليمين في حق المدعين أولا، فيحلفون خمسين يمينا على المدعى عليه أنه قتله، وثبت حقهم قبله، فإن لم يحلفوا، استحلف المدعى عليه خمسين يمينا، وبرئ. وبهذا قال يحي بن سعيد، وربيعة، وأبو الزناد، ومالك، والشافعي. وقال الحسن: يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا، ويبرءون.

فإن أبوا أن يحلفوا، استحلف خمسون من المدعين، أن حقنا قبلكم، ثم يعطون الدية؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولكن اليمين على المدعى عليه» . رواه مسلم. وفي لفظ: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» . رواه الشافعي، في " مسنده ". وروى أبو داود، بإسناده عن سليمان بن يسار، عن رجال من الأنصار «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لليهود، وبدأ بهم: يحلف منكم خمسون رجلا. فأبوا، فقال للأنصار: استحقوا قالوا: نحلف على الغيب يا رسول الله. فجعلها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على اليهود» ؛ لأنه وجد بين أظهرهم؛ ولأنها يمين في دعوى، فوجبت في جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى. وقال الشعبي، والنخعي، والثوري، وأصحابالرأي: يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل، بالله ما قتلناه، ولا علمنا قاتلا، ويغرمون الدية؛ لقضاء عمر، بذلك. ولم نعرف له في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا.

وتكلموا في حديث سهل بما روى أبو داود، عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمي، عن عبد الرحمن بن بجيد بن قبطي، أحد بني حارثة؛ قال محمد بن إبراهيم: وايم الله، ما كان سهل بأعلم منه، ولكنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٤/٨

كان أسن منه، قال: والله ما قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «احلفوا على ما لا علم لكم به، ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الأنصار: إنه وجد بين أبياتكم قتيل فدوه.". (١)

٦٠٩. ٢٦٩–"الدعوى على واحد، فأقر ثبت القتل، وإن أنكر وثم بينة، حكم بها، وإلا صار الأمر إلى الأيمان. وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد، لم يخل من أربعة أحوال؛ أحدها، أن يقول: قتله هذا، وهذا تعمد قتله. ويصف العمد بصفته، فيقال له: عين واحدا.

فإن القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد. الحال الثاني: أن يقول: تعمد هذا، وهذا كان خاطئا، فهو يدعي قتلا غير موجب للقود، فيقسم عليهما، ويأخذ نصف الدية من مال العامد، ونصفها من عاقلة المخطئ. الحال الثالث؛ أن يقول: عمد هذا، ولا أدري أكان قتل الثاني عمدا أو خطأ؟ فقيل: لا تسوغ القسامة هاهنا؛ لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئا، فيكون موجبها الدية عليهما. ويحتمل أن يكون عامدا، فلا تسوغ القسامة عليهما، ويجب تعيين واحد، والقسامة عليه، فيكون موجبها القود، فلم تجز القسامة مع هذا. فإن عاد فقال: علمت أن الآخر كان عامدا. فله أن يعين واحدا، ويقسم عليه.

وإن قال: كان مخطئا. ثبتت القسامة حينئذ، ويسأل، فإن أنكر، ثبتت القسامة. وإن أقر ثبت عليه القتل، ويكون عليه نصف الدية في ماله؛ لأنه ثبت بإقراره لا بالقسامة. وقال القاضي: يكون على عاقلته. والأول أصح؛ لأن العاقلة لا تحمل اعترافا. الحال الرابع، أن يقول: قتلاه خطأ، أو شبه عمد، أو أحدهما خاطئ، والآخر شبه العمد. فله أن يقسم عليهما. فإن ادعى أنه قتل وليه عمدا، فسئل عن تفسير العمد، ففسره بعمد الخطإ، قبل تفسيره، وأقسم على ما فسره به؛ لأنه أخطأ في وصف القتل بالعمدية. ونقل المزني، عن الشافعي: لا يحلف عليه؛ لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة، فلا تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال.

ولنا، أن دعواه قد تحررت، وإنما غلط في تسمية شبه العمد عمدا، وهذا مما يشتبه، فلا يؤاخذ به. ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل، لم يعتد باليمين؛ لأن الدعوى لا تسمع غير محررة، فكأنه حلفه قبل الدعوى، ولأنه إنما يحلفه ليوجب له ما يستحقه، فإذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه، لم يحصل المقصود باليمين، فلم يصح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩٨/٨

[فصل للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله]

(٧٠٤٣) فصل: قال القاضي: يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل، إذا غلب على ظنهم أنه قتله، وإن كانوا غائبين عن مكان القتل؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال للأنصار: «تحلفون، وتستحقون دم صاحبكم» . وكانوا بالمدينة، والقتل بخيبر. ولأن الإنسان يحلف على غالب ظنه، كما أن من اشترى من إنسان شيئا، فجاء آخر يدعيه، جاز أن يحلف أنه لا يستحقه؛ لأن الظاهر أنه ملك الذي باعه، وكذلك إذا وجد شيئا". (١)

٦١٠. ٢٧٠–"قد أوسعها غير المشهود عليه، فيجب أن يعينها الشاهدان، فيقولان: هذه. وإن قالا: أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا. قبلت شهادتهما. وإن قالا: لا نعلم قدرها، أو موضعها. لم يحكم بالقصاص؛ لأنه يتعذر مع الجهالة، وتجب الدية؛ لأنها لا تختلف باختلافها.

وإن قالا: ضرب رأسه، فأسال دمه. كانت بازلة. وإن قالا: فسال دمه. لم يثبت شيء؛ لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر. وإن قالا: نشهد أنه ضربه، فقطع يده. ولم يكن أقطع اليدين، قبلت شهادتهما، وثبت القصاص؛ لعدم الاشتباه. وإن كان أقطع اليدين، ولم يعينا المقطوعة، لم يثبت القصاص؛ لأنهما لم يعينا اليد التي يجب القصاص منها، وتجب دية اليدين؛ لأنها لا تختلف باختلاف اليدين.

[فصل شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا وشهد الآخر أنه أقر بقتله]

(٧٠٦١) فصل: إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا، وشهد الآخر أنه أقر بقتله. ولم يقل: عمدا ولا خطأ. ثبت القتل؛ لأن البينة قد تمت عليه، ولم تثبت صفته؛ لعدم تمامها عليه، ويسأل المشهود عليه عن صفته، فإن أنكر أصل القتل، لم يقبل إنكاره، لقيام البينة به، وإن أقر بقتل العمد، ثبت بإقراره. وإن أقر بقتل الخطإ، وأنكر الولي، فالقول قول القاتل. وهل يستحلف على ذلك؟ يخرج فيه وجهان. وإن صدقه الولي على الخطإ، ثبت عليه. وإن أقر بقتل العمد، وكذبه الولي، وقال: بل كان خطأ. لم يجب القود؛ لأن الولي لا يدعيه، وتجب دية الخطإ.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١١/٨

ولا تحمل العاقلة شيئا من ديته في هذه المواضع كلها، وتكون في ماله، لأنها لم تثبت ببينة، وفي بعضها القاتل مقر بأنها في ماله دون مال عاقلته. وإن قال أحد الشاهدين: أشهد أنه أقر بقتله عمدا. وقال الآخر: أشهد أنه أقر بقتله خطأ. ثبت القتل أيضا؛ لأنه لا تنافي بين شهادتيهما؛ لأنه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد، ويقر عند الآخر بقتل الخطإ، فثبت إقراره بالقتل دون صفته، ويطالب ببيان صفته، على ما ذكرنا في التي قبلها. وإن شهد أحدهما أنه قتله عمدا، وشهد الآخر أنه قتله خطأ، ثبت القتل أيضا دون صفته، ويطالب ببيان صفته، على ما ذكرنا، لأن الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ، والآخر عمدا، ويكون الحكم كما لو شهد على إقراره بذلك.
وإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة؛ وقال الآخر: عشية. وقال أحدهما: قتله بسيف. وقال الآخر: بعصا. لم تتم الشهادة. ذكره القاضي؛ لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو بكر: يثبت القتل بذلك؛ لأنهما اتفقا على القتل، واختلفا في صفته، فأشبه التي قبلها. والأول **أصح**؛ لأن كل واحد من الشاهدين يكذب صاحبه، فإن القتل غدوة غير القتل عشية؛ ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشية، ولا أن يقتل بسيف، ثم يقتل بعصا، بخلاف العمد والخطإ؛". (١)

٦١١. ٢٧١-"ووجه ترك الصلاة عليهم، أنهم يكفرون أهل الإسلام، ولا يرون الصلاة عليهم، فلا يصلى عليهم، كالكفار من أهل الذمة وغيرهم، ولأنهم مرقوا من الدين، فأشبهوا المرتدين.

[فصل البغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين]
(٧٠٧٦) فصل: والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع، ليسوا بفاسقين، وإنما هم يخطئون في تأويلهم، والإمام وأهل العدل مصيبون في قتالهم، فهم جميعا كالمجتهدين من الفقهاء في الأحكام، من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلا. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافا. فأما الخوارج، وأهل البدع، إذا خرجوا على الإمام، فلا تقبل شهادتهم، لأنهم فساق. وقال أبو حنيفة: يفسقون بالبغي، وخروجهم على الإمام، ولكن تقبل شهادتهم؛ لأن فسقهم من جهة الدين، فلا ترد به الشهادة، وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض. ويذكر ذلك في كتاب الشهادة، إن شاء الله

(١) المغني لابن قدامة ٥١٩/٨

تعالى.

[فصل لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي]

(٧٠٧٧) فصل: ذكر القاضي أنه لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي؛ لأنه قتل بحق، فأشبه إقامة الحد عليه. وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك. وهو **أصح**، إن شاء الله تعالى؛ لقول الله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾ [لقمان: ١٥] . وقال الشافعي: «كف النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه» . وقال بعضهم: لا يحل ذلك؛ لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف، وليس هذا من المعروف.

فإن قتله، فهل يرثه؟ على روايتين؛ إحداهما، يرثه. هذا قول أبي بكر، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه قتل بحق، فلم يمنع الميراث، كالقصاص والقتل في الحج. والثانية: لا يرثه. وهو قول ابن حامد، ومذهب الشافعي؛ لعموم قوله - عليه السلام -: «ليس لقاتل شيء» . فأما الباغي إذا قتل العادل، فلا يرثه. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرثه؛ لأنه قتله بتأويل، أشبه قتل العادل الباغي. ولنا أنه قتله بغير حق، فلم يرثه، كالقاتل خطأ، وفارق ما إذا قتله العادل، لأنه قتله بحق. وقال قوم: إذا تعمد العادل قتل قريبه، فقتله ابتداء؛ لم يرثه، وإن قصد ضربه، ليصير غير ممتنع، فجرحه، ومات من هذا الضرب، ورثه؛ لأنه قتله بحق. وهذا قول ابن المنذر. وقال: هو أقرب الأقاويل.". (١)

٦١٢. ٢٧٢-"مكانه، وهذا **أصح** قوليه. وهو قول ابن المنذر؛ لحديث أم مروان، ومعاذ، ولأنه مصر على كفره، أشبه بعد الثلاث.

وقال الزهري: يدعى ثلاث مرات، فإن أبى، ضربت عنقه. وهذا يشبه قول الشافعي. وقال النخعي: يستتاب أبدا. وهذا يفضي إلى أن لا يقتل أبدا، وهو مخالف للسنة والإجماع. وعن علي، أنه استتاب رجلا شهرا. ولنا حديث عمر، ولأن الردة إنما تكون لشبهة، ولا تزول في الحال، فوجب أن ينتظر مدة يرتئي فيها، وأولى ذلك ثلاثة أيام، للأثر فيها، وإنها مدة قريبة. وينبغي أن يضيق عليه في مدة الاستتابة، ويحبس؛ لقول عمر: هلا حبستموه، وأطعمتموه كل يوم رغيفا؟ ويكرر دعايته، لعله يتعطف

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٦

قلبه، فيراجع دينه.

[الفصل الرابع المرتد إن لم يتب قتل]

(٧٠٨٧) الفصل الرابع: أنه إن لم يتب قتل؛ لما قدمنا ذكره. وهو قول عامة الفقهاء، ويقتل بالسيف؛ لأنه آلة القتل، ولا يحرق بالنار. وقد روي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه -؛ أنه أمر بتحريق المرتدين، وفعل ذلك بهم خالد. والأول أولى؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من بدل دينه فاقتلوه، ولا تعذبوا بعذاب الله» . يعني النار. أخرجه البخاري، وأبو داود. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة.»

[الفصل الخامس المرتد إذا تاب قبلت توبته ولم يقتل]

(٧٠٨٨) الفصل الخامس: أن مفهوم كلام الخرقي، أنه إذا تاب قبلت توبته، ولم يقتل، أي كفر كان، وسواء كان زنديقا يستسر بالكفر، أو لم يكن. وهذا مذهب الشافعي، والعنبري. ويروى ذلك عن علي، وابن مسعود، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أبي بكر الخلال، وقال: إنه أولى على مذهب أبي عبد الله. والرواية الأخرى، لا تقبل توبة الزنديق، ومن تكررت ردته. وهو قول مالك، والليث، وإسحاق. وعن أبي حنيفة روايتان، كهاتين، واختار أبو بكر أنه لا تقبل توبة الزنديق؛ لقول الله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا﴾ [البقرة: ١٦٠] .

والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته؛ لأنه كان". (١)

٦١٣. ٢٧٣-"لا تأخذون إلا بما في كتاب الله؟ قالوا: نعم. قال: فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات، وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها، أين تجدونه في كتاب الله تعالى؟ وأخبروني عما تجب الزكاة فيه، ومقاديرها ونصبها؟ فقالوا: أنظرنا فرجعوا يومهم ذلك، فلم يجدوا شيئا مما سألهم عنه في القرآن. فقالوا: لم نجده في القرآن. قال: فكيف ذهبتم إليه؟ قالوا: لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله وفعله المسلمون بعده. فقال لهم فكذلك الرجم، وقضاء الصوم، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون، وأمر النبي بقضاء الصوم دون الصلاة، وفعل ذلك نساؤه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦

ونساء أصحابه. إذا ثبت هذا، فمعنى الرجم أن يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك.
قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت. ولأن إطلاق الرجم يقتضي القتل به، كقوله تعالى: ﴿لتكونن من المرجومين﴾ [الشعراء: ١١٦] . وقد «رجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اليهوديين اللذين زنيا، وماعزا، والغامدية، حتى ماتوا.»

[فصل كيف يقام الحد على الزاني الرجل]
فصل: وإذا كان الزاني رجلا أقيم قائما، ولم يوثق بشيء ولم يحفر له، سواء ثبت الزنى ببينة أو إقرار. لا نعلم فيه خلافا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحفر لماعز. قال أبو سعيد: «لما أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع، فوالله ما حفرنا له، ولا أوثقناه، ولكنه قام لنا» . رواه أبو داود. ولأن الحفر له، ودفن بعضه، عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه، فوجب أن لا تثبت. وإن كان امرأة، فظاهر كلام أحمد، أنها لا يحفر لها أيضا. وهو الذي ذكره القاضي في " الخلاف "، وذكر في " المجرد " أنه إن ثبت الحد بالإقرار، لم يحفر لها، وإن ثبت بالبينة، حفر لها إلى الصدر.
قال أبو الخطاب: وهذا أصح عندي. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لما روى أبو بكر وبريدة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم امرأة، فحفر لها إلى الثندوة» . رواه أبو داود. ولأنه أستر لها، ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب، لكون الحد ثبت بالبينة، فلا يسقط بفعل من جهتها، بخلاف الثابت بالإقرار، فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه؛ لأن رجوعها عن إقرارها مقبول. ولنا، أن أكثر الأحاديث على ترك الحفر، فإن «النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحفر للجهنية، ولا لماعز، ولا لليهوديين» ، والحديث الذي احتجوا به غير معمول به، ولا يقولون به، فإن التي نقل عنه الحفر لها، ثبت حدها بإقرارها، ولا خلاف بيننا فيها، فلا يسوغ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم له. إذا ثبت هذا، فإن ثياب المرأة تشد عليها، كي لا تنكشف.
وقد روى أبو داود، بإسناده عن عمران بن حصين، قال: فأمر بها النبي - صلى الله عليه وسلم -، فشدت عليها ثيابها. ولأن ذلك أستر لها.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٦

٦١٤. ٢٧٤-"الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة. وقال محمد بن الحسن: لا يكتفى به حتى تقول: جامعها أو باضعها. أو نحوه؛ لأن الدخول يطلق على الخلوة بها، ولهذا تثبت بها أحكامه. وهذا أصح القولين، إن شاء الله تعالى. فأما إذا قالت: جامعها أو باضعها. فلم نعلم خلافا في ثبوت الإحصان، وهكذا ينبغي إذا قالت: وطئها. فإن قالت: باشرها، أو مسها، أو أصابها، أو أتاها. فينبغي أن لا يثبت به الإحصان؛ لأن هذا يستعمل فيما دون الجماع في الفرج كثيرا، فلا يثبت به الإحصان الذي يندرئ بالاحتمال

[فصل جلد الزاني على أنه بكر ثم بان محصنا]

(٧١٤١) فصل: وإذا جلد الزاني على أنه بكر، ثم بان محصنا، رجم؛ لما روى جابر، «أن رجلا زنى بامرأة، فأمر به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فجلد الحد، ثم أخبر أنه محصن، فرجم» . رواه أبو داود. ولأنه وجب الجمع بينهما، فقد أتى ببعض الواجب، فيجب إتمامه، وإن لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب، فيجب أن يأتي به.

[مسألة ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما الزاني البكر والمحصن]

(٧١٤٢) مسألة: قال: (ويغسلان، ويكفنان، ويصلى عليهما ويدفنان) لا خلاف في تغسيلهما ودفنهما، وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما. قال الإمام أحمد: سئل علي - رضي الله عنه - عن شراحة وكان رجمها، فقال: اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم. وصلى علي على شراحة. وقال مالك: من قتله الإمام في حد لا نصلي عليه؛ لأن جابرا قال في حديث ماعز: فرجم حتى مات، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - خيرا، ولم يصل عليه. متفق عليه. ولنا، ما روى أبو داود، بإسناده عن عمران بن حصين، في حديث الجهنية: «فأمر بها النبي - صلى الله عليه وسلم - فرجمت، ثم أمرهم فصلوا عليها، فقال عمر: يا رسول الله أتصلي عليها وقد زنت؟ فقال: والذي نفسي بيده، لقد تابت توبة، لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها؟» ورواه الترمذي وفيه: فرجمت، وصلى عليها. وقال: حديث حسن صحيح. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله» . ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صلي عليه، فيصلى عليه بعده، كالسارق.

وأما خبر ماعز، فيحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحضره، أو اشتغل عنه بأمر، أو غير

ذلك، فلا يعارض ما رويناه

[مسألة زنى الحر البكر]

مسألة؛ قال: (وإذا زنى الحر البكر، جلد مائة، وغرب عاما)". (١)

٦١٥. ٢٧٥-"أنه قال: فسألت رجالا من أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام. وهذا يدل على أن هذا كان مشهورا عندهم، من حكم الله تعالى، وقضاء رسوله - صلى الله عليه وسلم -.

وقد قيل: إن الذي قال له هذا هو أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما -. ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون، ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا، ولأن الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب، وكذلك في حق البكر، وما رووه عن علي لا يثبت؛ لضعف رواته وإرساله. وقول عمر: لا أغرب بعده مسلما. فيحتمل أنه أراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربيعة فيه. وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس؛ لأن ما كان حدا في الرجل، يكون حدا في المرأة كسائر الحدود.

وقول مالك فيما يقع لي، أصح الأقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم، والقياس على سائر الحدود لا يصح؛ لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها، بخلاف هذا الحد، ويمكن قلب هذا القياس، بأنه حد، فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل، كسائر الحدود

[فصل تغريب البكر الزاني]

(٧١٤٤) فصل: ويغرب البكر الزاني حولا كاملا، فإن عاد قبل مضي الحول، أعيد تغريبه، حتى يكمل الحول مسافرا، ويبني على ما مضى. ويغرب الرجل إلى مسافة القصر؛ لأن ما دونها في حكم الحضر، بدليل أنه لا يثبت في حقه أحكام المسافرين، ولا يستبيح شيئا من رخصهم. فأما المرأة، فإن خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر، وإن لم يخرج معها محرمها، فقد نقل عن أحمد، أنها تغرب إلى مسافة القصر، كالرجل. وهذا مذهب الشافعي. وروي عن أحمد أنها تغرب إلى دون مسافة القصر؛ لتقرب من أهلها، فيحفظوها. ويحتمل كلام أحمد أن لا يشترط في التغريب مسافة القصر، فإنه قال،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢

في رواية الأثرم: ينفى من عمله إلى عمل غيره. وقال أبو ثور، وابن المنذر: لو نفي إلى قرية أخرى، بينهما ميل أو أقل، جاز.
وقال إسحاق: يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر. ونحوه قال ابن أبي ليلى؛ لأن النفي ورد مطلقا غير مقيد، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، والقصر يسمى سفرا، ويجوز فيه التيمم، والنافلة على الراحلة. ولا يحبس في البلد الذي نفي إليه. وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس. ولنا، أنه زيادة لم يرد بها الشرع، فلا تشرع، كالزيادة على العام.

[فصل زنى الغريب]
(٧١٤٥) فصل: وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه. وإن زنى في البلد الذي غرب إليه، غرب منه إلى غير البلد الذي غرب منه؛ لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان، ولأنه قد أنس بالبلد الذي سكنه، فيبعد عنه.". (١)

٦١٦. ٢٧٦-"كانت المدعوة ممن له فيها شبهة، كالجارية المشتركة، أو لم يكن؛ لأنه لا يعذر بهذا، فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه أو عبده، فبان أجنبيا.

[فصل لم يعلم تحريم الزنى]
(٧١٦٤) فصل: ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنى. قال عمر، وعثمان، وعلي، لا حد إلا على من علمه. وبهذا قال عامة أهل العلم. فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث العهد بالإسلام والناشئ ببادية، قبل منه؛ لأنه يجوز أن يكون صادقا، وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك، كالمسلم الناشئ بين المسلمين، وأهل العلم، لم يقبل؛ لأن تحريم الزنى لا يخفى على من هو كذلك، فقد علم كذبه. وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل، قبل قوله؛ لأن عمر قبل قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهل كثيرا، ويخفى على غير أهل العلم.

[فصل وطئ جارية غيره]
(٧١٦٥) فصل: فإن وطئ جارية غيره، فهو زان. سواء كان بإذنه أو غير إذنه؛ لأن هذا مما لا يستباح

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤

بالبذل والإباحة، وعليه الحد إلا في موضعين؛ أحدهما، الأب إذا وطئ جارية ولده، فإنه لا حد عليه. في قول أكثر أهل العلم؛ منهم مالك، وأهل المدينة، والأوزاعي، والشافعي، وأصحابالرأي. وقال أبو ثور، وابن المنذر: عليه الحد، إلا أن يمنع منه إجماع؛ لأنه وطء في غير ملك، أشبه وطء جارية أبيه. ولنا، أنه وطء تمكنت الشبهة منه، فلا يجب به الحد، كوطء الجارية المشتركة، والدليل على تمكن الشبهة قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أنت ومالك لأبيك» . فأضاف مال ولده إليه، وجعله له، فإذا لم تثبت حقيقة الملك، فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرئ بالشبهات، ولأن القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك، والأوزاعي، ومن وافقهما، قد اشتهر قولهم، ولم يعرف لهم مخالف، فكان ذلك إجماعا، ولا حد على الجارية؛ لأن الحد انتفى عن الواطئ لشبهة الملك، فينتفي عن الموطوءة، كوطء الجارية المشتركة؛ ولأن الملك من قبيل المتضايفات، إذا ثبت في أحد المتضايفين ثبت في الآخر، فكذلك شبهته، ولا يصح القياس على وطء جارية الأب؛ لأنه لا ملك للولد فيها، ولا شبهة ملك، بخلاف مسألتنا. وذكر ابن أبي موسى قولا في وطء جارية الأب والأم، أنه لا يحد؛ لأنه لا يقطع بسرقة ماله، أشبه الأب. والأول أصح، وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه.". (١)

٦١٧. ٢٧٧–"ونحوه. نص عليه أحمد، في راع جاءته امرأة، قد عطشت، فسألته أن يسقيها، فقال لها: أمكنيني من نفسك. قال: هذه مضطرة.

وقد روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أن امرأة استسقت راعيا، فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها، ففعلت، فرفع ذلك إلى عمر، فقال لعلي: ما ترى فيها؟ قال: إنها مضطرة. فأعطاها عمر شيئا، وتركها.

[فصل أكره الرجل فزنى]

(٧١٦٧) فصل: وإن أكره الرجل فزنى، فقال أصحابنا : عليه الحد. وبه قال محمد بن الحسن، وأبو ثور؛ لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار، والإكراه ينافيه. فإذا وجد الانتشار انتفى الإكراه، فيلزمه الحد، كما لو أكره على غير الزنى، فزنى. وقال أبو حنيفة: إن أكرهه السلطان، فلا حد عليه، وإن أكرهه غيره، حد استحسانا. وقال الشافعي، وابن المنذر: لا حد عليه؛ لعموم الخبر، ولأن الحدود

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨

تدرأ بالشبهات، والإكراه شبهة، فيمنع الحد، كما لو كانت امرأة، يحققه أن الإكراه، إذا كان بالتخويف، أو بمنع ما تفوت حياته بمنعه، كان الرجل فيه كالمرأة، فإذا لم يجب عليها الحد، لم يجب عليه. وقولهم: إن التخويف ينافي الانتشار. لا يصح؛ لأن التخويف بترك الفعل، والفعل لا يخاف منه، فلا يمنع ذلك. وهذا أصح الأقوال، إن شاء الله تعالى.

[مسألة قال حد اللواط]

(٧١٦٨) مسألة: قال: (ومن تلوط، قتل، بكرا كان أو ثيبا، في إحدى الروايتين، والأخرى حكمه حكم الزاني) أجمع أهل العلم على تحريم اللواط، وقد ذمه الله تعالى في كتابه، وعاب من فعله، وذمه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال الله تعالى: ﴿ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾ [الأعراف: ٨٠] ﴿إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون﴾ [الأعراف: ٨١] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط، لعن الله من عمل عمل قوم لوط» .

واختلفت الرواية عن أحمد، - رحمه الله -، في حده؛ فروي عنه، أن حده الرجم، بكرا كان أو ثيبا. وهذا قول علي، وابن عباس، وجابر بن زيد، وعبد الله بن معمر، والزهري، وأبي حبيب، وربيعة، ومالك، وإسحاق، وأحد قولي الشافعي والرواية الثانية، أن حده حد الزاني. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، والنخعي، وقتادة، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد". (١)

٦١٨. ٢٧٨-"[فصل كمل شهود الزنا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم]

(٧١٨٦) فصل: وإن كملوا أربعة غير مرضيين، أو واحد منهم، كالعبيد والفساق والعميان، ففيهم ثلاث؛ روايات؛ إحداهن: عليهم الحد. وهو قول مالك. قال القاضي: هذا الصحيح؛ لأنها شهادة لم تكمل، فوجب الحد على الشهود، كما لو كانوا ثلاثة. والثانية: لا حد عليهم. وهو قول الحسن، والشعبي، وأبي حنيفة، ومحمد؛ لأن هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء، فدخلوا في عموم الآية؛ لأن عددهم قد كمل، ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم، فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون، ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦٠

الثالثة: إن كانوا عميانا أو بعضهم، جلدوا، وإن كانوا عبيدا أو فساقا، فلا حد عليهم. وهو قول الثوري، وإسحاق؛ لأن العميان معلوم كذبهم؛ لأنهم شهدوا بما لم يروه يقينا، والآخرون يجوز صدقهم، وقد كمل عددهم، فأشبهوا مستوري الحال. وقال أصحاب الشافعي: إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر، كالعمى، والرق، والفسق الظاهر ففيهم قولان، وإن كان لمعنى خفي، فلا حد عليهم؛ لأن ما يخفى يخفى على الشهود، فلا يكون ذلك تفريطا منهم، بخلاف ما يظهر.

وإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان، حد الجميع؛ لأن شهادة النساء في هذا الباب كعدمها.

وبهذا قال الثوري، وأصحابالرأي. وهذا يقوي رواية إيجاب الحد على الأولين، وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عميانا أو أحدهم؛ لأن المرأتين يحتمل صدقهما، وهما من أهل الشهادة في الجملة، والأعمى كاذب يقينا، وليس من أهل الشهادة على الأفعال، فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى.

[فصل رجع شهود الزنا عن الشهادة أو واحد منهم]

(٧١٨٧) فصل: وإن رجعوا عن الشهادة، أو واحد منهم، فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين. وهو قول أبي حنيفة. والثانية: يحد الثلاثة دون الراجع. وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد؛ لأنه إذا رجع قبل الحد، فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله، فيسقط عنه الحد؛ ولأن في درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه، وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع، خوفا من الحد، فتفوت تلك المصلحة، وتتحقق المفسدة، فناسب ذلك نفي الحد عنه.

وقال الشافعي: يحد الراجع دون الثلاثة؛ لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه، وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم، وإنما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع، ومن وجب الحد بشهادته، لم يكن قاذفا، فلم يحد، كما لو لم يرجع. ولنا أنه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد، فلزمهم الحد، كما لو شهد ثلاثة، وامتنع الرابع من الشهادة.

وقولهم: وجب الحد بشهادتهم. يبطل بما إذا رجعوا كلهم، وبالراجع وحده، فإن الحد وجب ثم سقط، ووجب". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٣

٦١٩. ٢٧٩-"[فصل قال لرجل يا ديوث يا كشخان]

(٧٢٢٤) فصل: وإن قال لرجل يا ديوث، يا كشخان. فقال أحمد: يعزر. قال إبراهيم الحربي: الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته. وقال ثعلب: القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على امرأته. وقال: القرنان والكشحان، لم أرهما في كلام العرب، ومعناهما عند العامة مثل معنى الديوث أو قريبا منه. فعلى القاذف به التعزير، على قياس قوله في الديوث؛ لأنه قذفه بما لا حد فيه. وقال خالد بن يزيد عن أبيه، في الرجل يقول للرجل: يا قرنان: إذا كان له أخوات أو بنات في الإسلام، ضرب الحد. يعني أنه قاذف لهن. وقال خالد، عن أبيه القرنان عند العامة: من له بنات. والكشحان: من له أخوات. يعني - والله أعلم - إذا كان يدخل الرجال عليهن.

والقواد عند العامة: السمسار في الزنا. والقذف بذلك كله يوجب التعزير؛ لأنه قذف بما لا يوجب الحد.

[فصل نفى رجلا عن أبيه]

(٧٢٢٥) فصل: وإذا نفى رجلا عن أبيه، فعليه الحد. نص عليه أحمد. وكذلك إذا نفاه عن قبيلته. وبهذا قال إبراهيم النخعي، وإسحاق. وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وحماد، إذا نفاه عن أبيه وكانت أمه مسلمة، وإن كانت ذمية أو رقيقة، فلا حد عليه؛ لأن القذف لها. ووجه الأول ما روى الأشعث بن قيس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كان يقول «لا أوتى برجل يقول: إن كنانة ليست من قريش. إلا جلدته» وعن ابن مسعود، أنه قال لا جلد إلا في اثنين؛ رجل قذف محصنة أو نفى رجلا عن أبيه. وهذا لا يقوله إلا توقيفا. فأما إن نفاه عن أمه، فلا حد عليه؛ لأنه لم يقذف أحدا بالزنا.

وكذلك إن قال: إن لم تفعل كذا، فلست بابن فلان. فلا حد فيه؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط، والقياس يقتضي أن لا يجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته؛ ولأن ذلك لا يتعين فيه الرمي بالزنا، فأشبه ما لو قال للأعجمي: إنك عربي. ولو قال للعربي: أنت نبطي. أو فارسي. فلا حد فيه، وعليه التعزير. نص عليه؛ لأنه يحتمل أنك نبطي اللسان أو الطبع. وحكي عن أحمد، رواية أخرى، أن عليه الحد، كما لو نفاه عن أبيه. والأول أصح، وبه قال مالك، والشافعي؛ لأنه يحتمل غير القذف احتمالا كثيرا، فلا يتعين صرفه إليه. ومتى فسر شيئا من ذلك بالقذف، فهو قاذف.

[فصل قذف رجل رجلا فقال آخر صدقت]

(٧٢٢٦) فصل: وإذا قذف رجل رجلا، فقال آخر: صدقت، فالمصدق قاذف أيضا في أحد الوجهين؛ لأن تصديقه". (١)

٦٢٠. ٢٨٠-"وهذا يحكى عن الليث، وأبي ثور. وقالت عائشة: لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا. وروي هذا عن عمر، وعثمان، وعلي، - رضي الله عنهم -. وبه قال الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، والشافعي، وابن المنذر؛ لحديث عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا.» وقال عثمان البتي: تقطع اليد في درهم، فما فوقه. وعن أبي هريرة، وأبي سعيد، أن اليد تقطع في أربعة دراهم فصاعدا. وعن عمر أن الخمس لا تقطع إلا في الخمس. وبه قال سليمان بن يسار، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وروي ذلك عن الحسن.

وقال أنس: قطع أبو بكر في مجن قيمته خمسة دراهم. رواه الجوزجاني بإسناده. وقال عطاء، وأبو حنيفة، وأصحابه: لا تقطع اليد إلا في دينار، أو عشرة دراهم؛ لما روى الحجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا قطع إلا في عشرة دراهم» . وروى ابن عباس. قال: «قطع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يد رجل في مجن، قيمته دينار، أو عشرة دراهم» . وعن النخعي: لا تقطع اليد إلا في أربعين درهما. ولنا ما روى ابن عمر، «أن رسول الله قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» . متفق عليه. قال ابن عبد البر: هذا أصح حديث يروى في هذا الباب، لا يختلف أهل العلم في ذلك. وحديث أبي حنيفة الأول يرويه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف، والذي يرويه عن الحجاج ضعيف أيضا. والحديث الثاني لا دلالة فيه على أنه لا يقطع بما دونه، فإن من أوجب القطع بثلاثة دراهم، أوجبه بعشرة، ويدل هذا الحديث على أن العرض يقوم بالدراهم؛ لأن المجن قوم بها؛ ولأن ما كان الذهب فيه أصلا، كان الورق فيه أصلا، كنصب الزكاة، والديات وقيم المتلفات.

وقد روى أنس، أن سارقا سرق مجنا ما يسرني أنه لي بثلاثة دراهم، أو ما يساوي ثلاثة دراهم، فقطعه أبو بكر. وأتي عثمان برجل قد سرق أترجة، فأمر بها عثمان فأقيمت، فبلغت قيمتها ربع دينار، فأمر

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٠

به عثمان فقطع.". (١)

٦٢١. ٢٨١-"إن سرق الجمل، وإن سرق الجمل بما عليه، وصاحبه نائم عليه، لم يقطع؛ لأنه في يد صاحبه، وإن لم يكن صاحبه نائما عليه، قطع وبهذا قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه؛ لأن ما في الحمل محرز به، فإذا أخذ جميعه، لم يهتك حرز المتاع، فصار كما لو سرق أجزاء الحرز.
ولنا أن الجمل محرز بصاحبه، ولهذا لو لم يكن محرزا، فقد سرقه من حرز مثله، فأشبه ما لو سرق المتاع. ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع، فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه، وجب قطعه. وهذا التفصيل في الإبل التي في الصحراء، فأما التي في البيوت والمكان المحصن، على الوجه الذي ذكرنا في الثياب، فهي محرزة. والحكم في سائر المواشي كالحكم في الإبل، على ما ذكرناه من التفصيل فيها.

[فصل سرق من الحمام ولا حافظ فيه]
(٧٢٦١) فصل: وإذا سرق من الحمام، ولا حافظ فيه، فلا قطع عليه، في قول عامتهم، وإن كان ثم حافظ. فقال أحمد: ليس على سارق الحمام قطع. وقال في رواية ابن منصور: لا يقطع سارق الحمام، إلا أن يكون على المتاع قاعد، مثل ما صنع بصفوان. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأنه مأذون للناس في دخوله، فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخوله؛ ولأن دخول الناس إليه يكثر، فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيه.
قال القاضي: وفيه رواية أخرى: أنه يجب القطع إذا كان فيه حافظ. وهو قول مالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه متاع له حافظ، فيجب قطع سارقه، كما لو كان في بيت. والأول **أصح**. وهذا يفارق ما في البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما.
فأما إن كان صاحب الثياب قاعدا عليها، أو متوسدا لها، أو جالسا وهي بين يديه يحفظها، قطع سارقها بكل حال، كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد، وهو متوسد له. وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب، إما الحمامي وإما غيره حافظا لها على هذا الوجه، قطع سارقها؛ لأنها محرزة.

---
(١) المغني لابن قدامة ٩/١٠٦

وإن لم تكن كذلك، فقال القاضي: إن نزع الداخل ثيابه، على ما جرت به العادة، ولم يستحفظها لأحد فلا قطع على سارقها، ولا غرم على الحمامي؛ لأنه غير مودع فيضمن، ولا هي محرزة فيقطع سارقها، وإن استحفظها الحمامي، فهو مودع يلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ، فإن تشاغل عنها، أو ترك النظر إليها، فسرقت، فعليه الغرم لتفريطه، ولا قطع على السارق؛ لأنه لم يسرق من حرز. وإن تعاهدها الحمامي بالحفظ والنظر، فسرقت، فلا غرم عليه؛ لعدم تفريطه، وعلى السارق القطع؛ لأنها محرزة. وهذا مذهب الشافعي. وظاهر مذهب أحمد أنه لا قطع عليه في هذه الصورة؛ لما تقدم. قال ابن المنذر: قال أحمد: أرجو أن لا قطع عليه؛ لأنه مأذون للناس في دخوله. ولو استحفظ رجل آخر". (١)

٦٢٢. ٢٨٢-"يخفى يبطل شهادتهما، ففيما يظهر أولى.

ويحتمل أن أحدهما ظن المسروق ذكرا، وظنه الآخر أنثى، وقد أوجب هذا رد شهادتهما، فكذلك هاهنا. الثاني: الاعتراف، ويشترط فيه أن يعترف مرتين روي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، وزفر، وابن شبرمة. وقال عطاء، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، ومحمد بن الحسن: يقطع باعتراف مرة؛ لأنه حق يثبت بالإقرار، فلم يعتبر فيه التكرار، كحق الآدمي. ولنا ما روى أبو داود، بإسناده عن أبي أمية المخزومي «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بلص قد اعترف، فقال له: ما إخالك سرقت. قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا، فأمر به، فقطع» . ولو وجب القطع بأول مرة، لما أخره. وروى سعيد، عن هشيم، وسفيان، وأبي الأحوص، وأبي معاوية عن الأعمش، عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه، قال شهدت عليا، وأتاه رجل، فأقر بالسرقة، فرده، وفي لفظ: فانتهره. وفي لفظ: فسكت عنه. وقال غير هؤلاء: فطرده. ثم عاد بعد ذلك، فأقر، فقال له علي: شهدت على نفسك مرتين. فأمر به، فقطع، وفي لفظ: قد أقررت على نفسك مرتين. ومثل هذا يشتهر، فلم ينكر.

ولأنه يتضمن إتلافا في حد، فكان من شرطه التكرار، كحد الزنا. ولأنه أحد حجتي القطع، فيعتبر فيه التكرار، كالشهادة. وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار، ويفارق حق الآدمي؛ لأن حقه مبني على الشح، والتضييق، ولا يقبل رجوعه عنه، بخلاف مسألتنا. (٧٣١٠) فصل: ويعتبر أن

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٣/٩

يذكر في إقراره شروط السرقة، من النصاب والحرز، وإخراجه منه (٧٣١١) فصل: والحر والعبد في هذا سواء. نص عليه أحمد؛ وذلك لعموم النص فيهما، ولما روى الأعمش، عن القاسم، عن أبيه،: أن عليا قطع عبدا أقر عنده بالسرقة.

وفي رواية قال: كان عبدا. يعني الذي قطعه علي. ويعتبر أن يقر مرتين. وروى مهنا، عن أحمد: إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق، قطع. وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات، ليكون على النصف من الحر. والأول أصح؛ لخبر علي؛ ولأنه إقرار بحد، فاستوى في عدده الحر والعبد، كسائر الحدود.

[مسألة رجع السارق عن إقراره قبل القطع]

(٧٣١٢) مسألة: قال: (ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع)". (١)

٦٢٣. ٢٨٣-"لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى، وقد غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى» وقال ابن عمر: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضاد الله في حكمه.

[مسألة اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم]

(٧٣١٤) مسألة؛ قال: (وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم، قطعوا) وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق: لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا؛ لأن كل واحد لم يسرق نصابا، فلم يجب عليه قطع، كما لو انفرد بدون النصاب. وهذا القول أحب إلي؛ لأن القطع هاهنا لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه، فلا يجب، والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطي القطع، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد، قياسا على هتك الحرز؛ ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع، فاستوى فيه الواحد والجماعة، كالقصاص، ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة في حمله، وبين أن يخرج كل واحد منه جزءا، ونص أحمد على هذا.

وقال مالك: إن انفرد كل واحد بجزء منه، لم يقطع واحد منهم، كما لو انفرد كل واحد من قاطعي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٣٨

اليد بقطع جزء منها، لم يجب القصاص. ولنا أنهم اشتركوا في هتك الحرز، وإخراج النصاب، فلزمهم القطع، كما لو كان ثقيلا فحملوه، وفارق القصاص، فإنه تعتمد المماثلة، ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد، وفي مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة، والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال، وسواء دخلا الحرز معا، أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب، ثم دخل الآخر فأخرج باقيه؛ لأنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب، فلزمهما القطع، كما لو حملاه معا.

[فصل كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه]

(٧٣١٥) فصل: فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه، كأبي المسروق منه، قطع شريكه، في أحد الوجهين، كما لو شاركه في قطع يد ابنه. والثاني: لا يقطع. وهو أصح؛ لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع؛ لأنه أخذ ما له أخذه، بخلاف قطع يد ابنه، فإن الفعل تمحض عدوانا، وإنما سقط القصاص لفضيلة الأب، لا لمعنى في فعله، وها هنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب أن لا يجب القطع به، كاشتراك العامد والخاطئ. وإن أخرج كل واحد منهما نصابا، وجب القطع على شريك الأب؛ لأنه انفرد بما يوجب". (١)

٦٢٤. ٢٨٤-"الأول في اللفظ كقوله تعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة: ١٥٨] ولأن القتل إذا أطلق في لسان الشرع، كان قتلا بالسيف. ولهذا قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل» . وأحسن القتل هو القتل بالسيف، وفي صلبه حيا تعذيب له، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن تعذيب الحيوان. وقولهم: إنه جزاء على المحاربة. قلنا: لو شرع لردعه، لسقط بقتله، كما يسقط سائر الحدود مع القتل وإنما شرع الصلب ردعا لغيره، ليشتهر أمره، وهذا يحصل بصلبه بعد قتله. وقولهم: يمنع تكفينه ودفنه. قلنا: هذا لازم لهم؛ لأنهم يتركونه بعد قتله مصلوبا. الثاني: في قدره ولا توقيت فيه، إلا قدر ما يشتهر أمره.

قال أبو بكر: لم يوقت أحمد في الصلب، فأقول: يصلب قدر ما يقع عليه الاسم. والصحيح توقيته بما ذكر الخرقي من الشهرة؛ لأن المقصود يحصل به. وقال الشافعي: يصلب ثلاثا. وهو مذهب أبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤٠

حنيفة. وهذا توقيت بغير توقيف، فلا يجوز، مع أنه في الظاهر يفضي إلى تغيره، ونتنه، وأذى المسلمين برائحته ونظره، ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه، فلا يجوز بغير دليل. الثالث: في وجوبه، وهذا واجب حتم في حق من قتل وأخذ المال، لا يسقط بعفو ولا غيره. وقال أصحاب الرأي: إن شاء الإمام صلب، وإن شاء لم يصلب. ولنا حديث ابن عباس، أن جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب. ولأنه شرع حدا، فلم يتخير بين فعله وتركه، كالقتل وسائر الحدود. إذا ثبت هذا، فإنه إذا اشتهر أنزل، ودفع إلى أهله، فيغسل، ويكفن، ويصلى عليه، ويدفن.

(٧٣٢٣) " فصل: وإن مات قبل قتله، لم يصلب؛ لأن الصلب من تمام الحد، وقد فات الحد بموته، فيسقط ما هو من تتمته.

وإن قتل في المحاربة بمثقل قتل، كما لو قتل بمحدد لأنهما سواء في وجوب القصاص بهما. وإن قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها، كالسوط والعصا والحجر الصغير، فظاهر كلام الخرقي، أنهم يقتلون أيضا؛ لأنهم دخلوا في العموم.

الحال الثاني: قتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون. وعن أحمد رواية أخرى، أنهم يصلبون؛ لأنهم محاربون يجب قتلهم، فيصلبون، كالذين أخذوا المال. والأولى أصح؛ لأن الخبر المروي فيهم قال فيه: ومن قتل ولم يأخذ المال، قتل ". ولم يذكر صلبا؛ ولأن جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد". (١)

٦٢٥. ٢٨٥-"أحدهما: نصف الدية؛ لأنه تلف من فعلين؛ مضمون، وغير مضمون، فكان عليه نصف الضمان. والثاني: تقسط الدية على عدد الضربات كلها، فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين. وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت، فأجد في نفسي منه شيئا، إلا صاحب الخمر، ولو مات وديته؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يسنه لنا.

ولنا أنه حد وجب لله، فلم يجب ضمان من مات به، كسائر الحدود، وما زاد على الأربعين قد ذكرنا أنه من الحد، وإن كان تعزيرا، فالتعزير يجب، فهو بمنزلة الحد. وأما حديث علي، فقد صح عنه أنه قال: «جلد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أربعين وأبو بكر أربعين» وثبت الحد بالإجماع، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤٨

تبق فيه شبهة.

(٧٣٤٩) فصل: ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في سائر الحدود، أنه إذا أتي بها على الوجه المشروع، من غير زيادة، أنه لا يضمن من تلف بها؛ وذلك لأنه فعلها بأمر الله. وأمر رسوله، فلا يؤاخذ به؛ ولأنه نائب عن الله تعالى، فكان التلف منسوبا إلى الله تعالى. وإن زاد على الحد فتلف، وجب الضمان، بغير خلاف نعلمه؛ لأنه تلف بعدوانه، فأشبه ما لو ضربه في غير الحد.

قال أبو بكر: وفي قدر الضمان قولان؛ أحدهما: كمال الدية؛ لأنه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضا سوطا فمات به؛ ولأنه تلف بعدوان وغيره، فأشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجرا فغرقها. والثاني: عليه نصف الضمان؛ لأنه تلف بفعل مضمون وغير مضمون، فكان الواجب نصف الدية، كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي في أحد قوليه. وقال في الآخر: يجب من الدية بقسط ما تعدى به، تقسط الدية على الأسواط كلها، وسواء زاد خطأ أو عمدا؛ لأن الضمان يجب في الخطإ والعمد، ثم ينظر؛ فإن كان الجلاد زاده من عند نفسه بغير أمر، فالضمان على عاقلته؛ لأن العدوان منه، وكذلك إن قال الإمام له: اضرب ما شئت. فالضمان على عاقلته. وإن كان له من يعد عليه، فزاد في العدد، ولم يخبره، فالضمان على من يعد، سواء تعمد ذلك، أو أخطأ في العدد؛ لأن الخطأ منه.

وإن أمره الإمام بالزيادة على الحد، فزاد، فقال القاضي: الضمان على الإمام. وقياس المذهب أنه إن اعتقد وجوب طاعة الإمام، وجهل تحريم الزيادة، فالضمان على الإمام، وإن كان عالما بذلك، فالضمان عليه، كما لو أمره الإمام بقتل رجل ظلما فقتله. وكل موضع قلنا: يضمن الإمام. فهل يلزم عاقلته أو بيت المال؟ فيه روايتان؛ إحداهما: هو في بيت المال؛ لأن خطأه يكثر، فلو وجب ضمانه على عاقلته، أجحف بهم. قال القاضي: هذا أصح. والثانية: هو على عاقلته؛ لأنها وجبت بخطئه، فكانت على عاقلته، كما لو رمى صيدا فقتل آدميا. ويحتمل أن تكون الروايتان إنما هما فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ، أما إذا تعمدها، فهذا ظلم قصده، فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المال بحال، كما لو تعمد جلد من لا حد عليه.

وأما الكفارة التي تلزم الإمام، فلا يحملها عنه غيره؛ لأنها عبادة، فلا تتعلق بغير من وجد منه سببها؛ ولأنها كفارة لفعله، فلا تحصل إلا بتحمله إياها، ولهذا لا يدخلها التحمل بحال.

[فصل لا يقام الحد على السكران حتى يصحو]

(٧٣٥٠) فصل: ولا يقام الحد على السكران حتى يصحو. روي هذا عن عمر بن عبد العزيز، والشعبي. وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي؛ لأن المقصود الزجر والتنكيل، وحصوله بإقامة الحد عليه في صحوه أتم، فينبغي أن يؤخر إليه.

[فصل حد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ]

(٧٣٥١) فصل: وحد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ، ويختلف معه في وقوع طلاقه، ويمنع صحة الصلاة منه، هو الذي يجعله يخلط في كلامه ما لم يكن قبل الشرب، ويغيره عن حال صحوه، ويغلب على عقله،". (١)

٦٢٦. ٢٨٦-"وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بهذا، وأنه أجمع عليه، فلا يعول على ما خالفه.

فأما حديث مجمع، فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه، وأعطى الراجل سهما، يعني صاحبه، فيكون ثلاثة أسهم، على أن حديث ابن عمر أصح منه، وقد وافقه حديث أبي رهم وأخيه، وابن عباس، وهؤلاء أحفظ وأعلم، وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان، وأخبروا عن أنفسهم أنهم أعطوا ذلك، فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه، أو حمله على ما يخالف ظاهره، وقياس الفرس على الآدمي غير صحيح؛ لأن أثرها في الحرب أكثر، وكلفتها أعظم، فينبغي أن يكون سهمها أكثر.

[مسألة سهم الفارس وسهم الفرس الهجين]

(٧٤٩٤) قال: (إلا أن يكون فرسه هجينا، فيعطى سهما له، وسهما لفرسه) الهجين: الذي أبوه عربي وأمه برذونة. والمقرف: الذي أبوه برذون وأمه عربية، قالت هند بنت النعمان بن بشير:

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تحللها بغل

فإن ولدت مهرا كريما فبالحري ... وإن يك أقراف فما أنجب الفحل

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٦٥

وأراد الخرقي بالهجين ها هنا ما عدا العربي، والله أعلم. وقد حكي عن أحمد، أنه قال الهجين البرذون. واختلفت الرواية عنه في سهمانها، فقال الخلال: تواترت الروايات عن أبي عبد الله في سهام البرذون، أنه سهم واحد. واختاره أبو بكر، والخرقي، وهو قول الحسن. قال الخلال: وروى عنه ثلاثة متيقظون أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربي. واختاره الخلال، وبه قال عمر بن عبد العزيز، ومالك، والشافعي، والثوري؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والخيل والبغال﴾ [النحل: ٨] .

وهذه من الخيل، ولأن الرواة رووا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أسهم للفرس سهمين، ولصاحبه سهما. وهذا عام في كل فرس، ولأنه حيوان ذو سهم، فاستوى فيه العربي وغيره، كالآدمي. وحكى أبو بكر، عن أحمد. - رحمه الله -، رواية ثالثة، أن البراذين إن أدركت إدراك العراب، أسهم لها مثل الفرس العربي، وإلا فلا. وهذا قول ابن أبي شيبة، وابن أبي خيثمة، وأبي أيوب، والجوزجاني؛ لأنها من الخيل، وقد عملت عمل العراب، فأعطيت سهما كالعربي.

وحكى القاضي رواية رابعة أنه لا يسهم لها. وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمي؛ لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب، فأشبه البغال. ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها؛". (١)

٦٢٧. ٢٨٧-"[فصل غزا المرجف أو المخذل على فرس]

(٧٥١٤) وإذا غزا المرجف أو المخذل على فرس، فلا شيء له، ولا للفرس؛ لما ذكرنا، وإن غزا العبد بغير إذن سيده، لم يرضخ له، لأنه عاص بغزوه، فهو كالمخذل والمرجف، وإن غزا الرجل بغير إذن والديه، أو بغير إذن غريمه، استحق السهم؛ لأن الجهاد يتعين عليه بحضور الصف، فلا يبقى عاصيا فيه، بخلاف العبد.

[فصل استعار فرسا ليغزو عليه]

(٧٥١٥) ومن استعار فرسا ليغزو عليه، ففعل، فسهم الفرس للمستعير، وبهذا قال الشافعي، لأنه يتمكن من الغزو عليه بإذن صحيح شرعي، فأشبه ما لو استأجره. وعن أحمد، رواية أخرى، أن سهم الفرس لمالكه، لأنه من نمائه، فأشبه ولده. وبهذا قال بعض الحنفية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٩/٩

وقال بعضهم: لا سهم للفرس؛ لأن مالكه لم يستحق سهما، فلم يستحق للفرس شيئا، كالمخذل والمرجف، والأول **أصح**؛ لأنه فرس قاتل عليه من يستحق سهما، وهو مالك لنفعه، فاستحق سهم الفرس، كالمستأجر، ولأن سهم الفرس مستحق بمنفعته، وهي للمستعير بإذن المالك فيها، وفارق النماء والولد، فإنه غير مأذون له فيه.

فأما إن استعاره لغير الغزو، ثم غزا عليه، فهو كالفرس المغصوب، على ما سنذكره.

[فصل غصب فرسا فقاتل عليه]

(٧٥١٦) وإن غصب فرسا، فقاتل عليه، فسهم الفرس لمالكه. نص عليه أحمد. وقال بعض الحنفية: لا يسهم للفرس. وهو وجه لأصحاب الشافعي. وقال بعضهم: سهم الفرس للغاصب، وعليه أجرته لمالكه؛ لأنه آلة، فكان الحاصل بها لمستعملها كله، كما لو غصب منجلا فاحتش بها، أو سيفا فقاتل به.

ولنا، أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم، فاستحق السهم، كما لو كان مع صاحبه، وإذا ثبت أن له سهما كان لمالكه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل للفرس سهمين، ولصاحبه سهما، وما كان للفرس كان لمالكه، وفارق ما يحتش به، فإنه لا شيء له، ولأن السهم مستحق بنفع الفرس، ونفعه لمالكه، فوجب أن يكون ما يستحق به له. والحمد لله

[فصل استأجر فرسا ليغزو عليه]

(٧٥١٧) ومن استأجر فرسا ليغزو عليه، فغزا عليه، فسهم الفرس له. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه مستحق لنفعه استحقاقا لازما، فكان سهمه له، كمالكه.". (١)

٦٢٨. ٢٨٨-"إحداهن، أن غنيمتهم كغنيمة غيرهم، يخمسه الإمام، ويقسم باقيه بينهم. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم الشافعي؛ لعموم قوله سبحانه: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . الآية.

والقياس على ما إذا دخلوا بإذن الإمام. والثانية، هو لهم من غير أن يخمس. وهو قول أبي حنيفة؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٥٩

لأنه اكتساب مباح من غير جهاد، فكان لهم أشبه الاحتطاب، فإن الجهاد إنما يكون بإذن الإمام، أو من طائفة لهم منعة وقوة، فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب.

والثالثة، أنه لا حق لهم فيه. قال أحمد، في عبد أبق إلى الروم، ثم رجع ومعه متاع: فالعبد لمولاه، وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين؛ لأنهم عصاة بفعلهم، فلم يكن لهم فيه حق. والأولى أولى قال الأوزاعي: لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة، كسر مركب بعضهم، فأخذ المشركون ناسا من القبط، فكانوا خدما لهم، فخرجوا يوما إلى عيد لهم، وخلفوا القبط في مركبهم، وشرب الآخرون، ورفع القبط القلع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم، فلم يضعوا قلعهم حتى أتوا بيروت، فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز، فكتب عمر: نفلوهم القلع وكل شيء جاءوا به إلا الخمس. رواه سعيد، والأثرم. وإن كانت الطائفة ذات منعة، غزوا بغير إذن الإمام، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا شيء لهم، وهو فيء للمسلمين. والثانية، يخمس، والباقي لهم. وهذا **أصح**. ووجه الروايتين ما تقدم. ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة، وهو أن الجميع لهم من غير خمس؛ لكونه اكتساب مباح من غير جهاد.

[مسألة غل من الغنيمة]

(٧٦٠٣) مسألة؛ قال: ومن غل من الغنيمة، حرق رحله كله، إلا المصحف، وما فيه روح الغال: هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة، فلا يطلع الإمام عليه، ولا يضعه مع الغنيمة، فحكمه أن يحرق رحله كله. وبهذا قال الحسن، وفقهاء الشام، منهم مكحول، والأوزاعي، والوليد بن هشام، ويزيد بن يزيد بن جابر. وأتي سعيد بن عبد الملك بغال، فجمع ماله وأحرقه، وعمر بن عبد العزيز حاضر ذلك، فلم يعبه. وقال يزيد بن يزيد بن جابر: السنة في الذي يغل، أن يحرق رحله.

رواهما سعيد، في سننه. وقال ومالك، والليث، والشافعي، وأصحابالرأي: لا يحرق؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحرق» ، فإن عبد الله بن عمرو روى، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا أصاب غنيمة، أمر بلالا فنادى في الناس، فيجيئون بغنائمهم، فيخمسه، ويقسمه،". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠٥

٦٢٩. ٢٨٩-"[فصل للإمام أو نائبه عقد الذمة والهدنة]

(٧٦٥١) فصل: ولا يصح عقد الذمة والهدنة، إلا من الإمام أو نائبه، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافا، لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة، ولأن عقد الذمة عقد مؤبد، فلم يجز أن يفتات به على الإمام، فإن فعله غير الإمام أو نائبه، لم يصح، لكن إن عقده على ما لا يجوز أن يطلب منهم أكثر منه، لزم الإمام إجابتهم إليه، وعقدها عليه.

[فصل على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين]

(٧٦٥٢) فصل: ويجوز أن يشرط عليهم في عقد الذمة، ضيافة من يمر بهم من المسلمين، لما روى الإمام أحمد بإسناده عن الأحنف بن قيس أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة، وأن يصلحوا القناطر، وإن قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته، قال ابن المنذر وروي عن عمر أنه قضى على أهل الذمة، ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام، وعلف دوابهم، وما يصلحهم.

وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضرب على نصارى أيلة ثلاثمائة دينار، وكانوا ثلاثمائة نفس، في كل سنة، وأن يضيفوا من مر بهم من المسلمين ثلاثة أيام» ولأن في هذا ضربا من المصلحة

، لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين إضرارا بهم، فإذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك، وإن لم تشترط الضيافة عليهم، لم تجب، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي.

ومن أصحابنا من قال: تجب بغير شرط، كوجوبها على المسلمين، والأول أصح، لأنه أداء مال، فلم يجب بغير رضاهم، كالجزية، فإن شرطها عليهم، فامتنعوا من قبولها، لم تعقد لهم الذمة، وقال الشافعي: لا يجوز قتالهم عليها. ولنا أنه شرط سائغ، امتنعوا من قبوله، فقوتلوا عليه كالجزية.

(٧٦٥٣) فصل: ذكر القاضي، أنه إذا شرط الضيافة، فإنه يبين أيام الضيافة، وعدد من يضاف من الرجالة والفرسان، فيقول: تضيفون في كل سنة مائة يوم عشرة من المسلمين، من خبز كذا وأدم كذا، وللفرس من التبن كذا، ومن الشعير كذا فإن شرط الضيافة مطلقا، صح في الظاهر، لأن عمر - رضي الله عنه - شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، من غير عدد ولا تقدير.

قال أبو بكر: إذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة، لأن ذلك الواجب على المسلمين، ولا يكلفون الذبيحة، ولا ضيافتهم بأرفع من طعامهم، لأنه يروى عن عمر أنه شكا إليه أهل الذمة أن المسلمين يكلفونهم الذبيحة، فقال: أطعموهم مما تأكلون. وقال الأوزاعي ولا يكلفون الذبيحة ولا

الشعير.". (١)

٦٣٠.   ٢٩٠-"الحكم معللا. ثم إن حديث أبي ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها؛ لقوله: " إذا أرسلت كلبك المعلم ". ولا يثبت التعليم حتى يترك الأكل. إذا ثبت هذا، فإن الانزجار بالزجر إنما يعتبر بإرساله على الصيد، أو رؤيته، أما بعد ذلك، فإنه لا ينزجر بحال.

الشرط الخامس، أن لا يأكل من الصيد فإن أكل منه، لم يبح، في أصح الروايتين. ويروى ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة. وبه قال عطاء، وطاوس، وعبيد بن عمير، والشعبي، والنخعي، وسويد بن غفلة، وأبو بردة، وسعيد بن جبير، وعكرمة، والضحاك، وقتادة، وإسحاق، وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور. والرواية الثانية: يباح.

وروي ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وسلمان، وأبي هريرة، وابن عمر. حكاه عنهم الإمام أحمد. وبه قال مالك. وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] .

وحديث أبي ثعلبة، ولأنه صيد جارح معلم، فأبيح، كما لو لم يأكل. فإن الأكل يحتمل أن يكون لفرط جوع أو غيظ على الصيد. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله تعالى، فكل مما أمسك عليك. قلت: وإن قتل؟ قال: وإن قتل، إلا أن يأكل الكلب فإن أكل، فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» . متفق عليه.

ولأن ما كان شرطا في الصيد الأول، كان شرطا في سائر صيوده، كالإرسال والتعليم. وأما الآية فلا تتناول هذا الصيد؛ فإنه قال: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] . وهذا إنما أمسك على نفسه. وأما حديث أبي ثعلبة، فقد قال أحمد: يختلفون عن هشيم فيه. وعلى أن حديثنا أصح؛ لأنه متفق عليه وعدي بن حاتم أضبط، ولفظه أبين؛ لأنه ذكر الحكم والعلة.

قال أحمد: حديث الشعبي عن عدي، من أصح ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والشعبي يقول: كان جاري وربيطي، فحدثني. والعمل عليه. ويحتمل أنه أكل منه بعد أن قتله وانصرف عنه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٧

وإذا ثبت هذا فإذا لا يحرم ما تقدم من صيوده، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: يحرم؛ لأنه لو كان معلما ما أكل

ولنا، عموم الآية والأخبار، وإنما خص منه ما أكل منه، ففيما عداه يجب القضاء بالعموم، ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة، فوجب الحكم به، ولهذا حكمنا بحل صيده، فإذا وجد الأكل، احتمل أن يكون لنسيان، أو لفرط جوعه، أو نسي التعليم، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال.". (١)

٦٣١. ٢٩١-"ولا سقطت عنه الصلاة والعبادات. ولأنه ترك تذكيته مع القدرة عليها. فأشبه غير الصيد. (٧٧١٣) .

مسألة؛ قال: (فإن لم يكن معه ما يذكيه به. أشلى الصائد له عليه. حتى يقتله. فيؤكل) يعني: أغرى الكلب به. وأرسله عليه. ومعنى أشلى في العربية: دعا. إلا أن العامة تستعمله بمعنى أغراه. ويحتمل أن الخرقي أراد دعاه ثم أرسله؛ لأن إرساله على الصيد يتضمن دعاءه إليه. واختلف قول أحمد في هذه المسألة. فعنه مثل قول الخرقي. وهو قول الحسن. وإبراهيم.

وقال في موضع: إني لأقشعر من هذا. يعني أنه لا يراه. وهو قول أكثر أهل العلم؛ لأنه مقدور عليه. فلم يبح بقتل الجارح له. كبهيمة الأنعام. وكما لو أخذه سليما. ووجه الأولى. أنه صيد قتله الجارح له من غير إمكان ذكاته. فأبيح كما لو أدركه ميتا. ولأنها حال تتعذر فيها الذكاة في الحلق واللبة غالبا. فجاز أن تكون ذكاته على حسب الإمكان. كالمتردية في بئر.

وحكي عن القاضي. أنه قال في هذا يتركه حتى يموت فيحل؛ لأنه صيد تعذرت تذكيته. فأبيح بموته من عقر الصائد له. كالذي تعذرت تذكيته لقلة لبته. والأول أصح؛ لأنه حيوان لا يباح بغير التذكية إذا كان معه آلة الذكاة. فلم يبح بغيرها إذا لم يكن معه آلة. كسائر المقدور على تذكيته. ومسألة الخرقي محمولة على ما يخاف موته إن لم يقتله الحيوان أو يذكى. فإن كان به حياة يمكن بقاؤه إلى أن يأتي به منزله. فليس فيه اختلاف أنه لا يباح إلا بالذكاة. لأنه مقدور على تذكيته.

[مسألة أرسل كلبه فأضاف معه غيره]

(٧٧١٤) مسألة؛ قال: (وإذا أرسل كلبه، فأضاف معه غيره، لم يؤكل إلا أن يدرك الحياة، فيذكي)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٠

معنى المسألة أن يرسل كلبه على صيد، فيجد الصيد ميتا، ويجد مع كلبه كلبا لا يعرف، ولا يدري هل وجدت فيه شرائط صيده أو لا، ولا يعلم أيهما قتله؟ أو يعلم أنهما جميعا قتلاه، أو أن قاتله الكلب المجهول، فإنه لا يباح، إلا أن يدركه حيا فيذكيه. وبهذا قال عطاء، والقاسم بن مخيمرة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحابالرأي. ولا نعلم لهم مخالفا.

والأصل فيه ما روى عدي بن حاتم قال: «سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر؟ قال: لا تأكل، فإنك إنما سميت على كلبك، ولم تسم على الآخر» . وفي لفظ: «فإن وجدت مع كلبك كلبا آخر، فخشيت أن يكون أخذ معه، وقد قتله، فلا تأكله، فإنك إنما ذكرت اسم الله على كلبك» . وفي لفظ: " فإنك لا تدري أيهما قتل ". أخرجه البخاري،.

ولأنه شك في الاصطياد المبيح، فوجب إبقاء حكم التحريم، فأما إن علم أن كلبه الذي قتل وحده، أو أن الكلب الآخر مما يباح صيده، أبيح؛ بدلالة تعليل". (١)

٦٣٢. ٢٩٢-"كان لا يعقل، كالطفل الذي لا يميز، والمجنون، والسكران، لم يحل ما ذبحه؛ لأنه لا يصح منه القصد، فأشبه ما لو ضرب إنسانا بالسيف فقطع عنق شاة. وأما الآلة، فلها شرطان؛ أحدهما، أن تكون محددة، تقطع أو تخرق بحدها، لا بثقلها.

والثاني، أن لا تكون سنا ولا ظفرا. فإذا اجتمع هذان الشرطان في شيء، حل الذبح به، سواء كان حديدا، أو حجرا، أو بلطة، أو خشبا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سنا أو ظفرا» . متفق عليه.

وعن عدي بن حاتم قال: قلت: «يا رسول الله، أرأيت إن أحدنا أصاب صيدا، وليس معه سكين، أيذبح بالمروة وشقة العصا؟ فقال: امرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله» . والمروة: الصوان. وعن رجل من بني حارثة، «أنه كان يرعى لقحة، فأخذها الموت، فلم يجد شيئا ينحرها به، فأخذ وتدا، فوجأها به في لبتها حتى أهريق دمها، ثم جاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمره بأكلها» . رواه أبو داود.

وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. ونحوه قول مالك، وعمرو بن دينار. وبه قال أبو حنيفة، إلا في السن والظفر، قال: إذا كانا متصلين، لم يجز الذبح بهما، وإن كانا منفصلين، جاز. ولنا، عموم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٤/٩

حديث رافع، ولأن ما لم تجز الذكاة به متصلا، لم تجز منفصلا، كغير المحدد. وأما العظم غير السن، فمقتضى إطلاق قول أحمد، والشافعي، وأبي ثور، إباحة الذبح به.

وهو قول مالك، وعمرو بن دينار، وأصحابالرأي. وقال ابن جريج: يذكى بعظم الحمار، ولا يذكى بعظم القرد؛ لأنك تصلي على الحمار وتسقيه في جفنتك. وعن أحمد: لا يذكى بعظم ولا ظفر. وقال النخعي: لا يذكى بالعظم والقرن. ووجهه أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة» . فعلله بكونه عظما، فكل عظم فقد وجدت فيه العلة.

والأول أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن العظم دخل في عموم اللفظ المبيح، ثم استثني السن والظفر خاصة، فيبقى سائر العظام داخلا فيما يباح الذبح به، والمنطوق مقدم على التعليل، ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة، ولا يحرم". (١)

٦٣٣. ٢٩٣–"عن أحمد، ما يدل على هذا المعنى، فإن الفضل بن زياد قال: سألت أبا عبد الله عن من ذبح في القفا؟ قال: عامدا أو غير عامد؟ قلت: عامدا. قال: لا تؤكل، فإذا كان غير عامد، كأن التوى عليه، فلا بأس.

(٧٧٦٦) فصل: فإن ذبحها من قفاها اختيارا، فقد ذكرنا عن أحمد، أنها لا تؤكل. وهو مفهوم كلام الخرقي. وحكي هذا عن علي، وسعيد بن المسيب، ومالك، وإسحاق. قال إبراهيم النخعي: تسمى هذه الذبيحة القفينة.

وقال القاضي: إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء حلت، وإلا فلا، ويعتبر ذلك بالحركة القوية. وهذا مذهب الشافعي. وهذا أصح؛ لأن الذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة، أحله، كأكيلة السبع، والمتردية والنطيحة. ولو ضرب عنقها بالسيف فأطار رأسها، حلت بذلك. نص عليه أحمد، فقال: لو أن رجلا ضرب رأس بطة أو شاة بالسيف، يريد بذلك الذبيحة، كان له أن يأكله.

وروي عن علي، – رضي الله عنه –، أنه قال: تلك ذكاة وحية. وأفتى بأكلها عمران بن حصين. وبه قال الشعبي، وأبو حنيفة، والثوري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٩٦

وقال أبو بكر لأبي عبد الله فيها قولان. والصحيح أنها مباحة؛ لأنه اجتمع قطع ما تبقى الحياة معه مع الذبح، فأبيح، كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف.
(٧٧٦٧) فصل: فإن ذبحها من قفاها، فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمريء أو لا؟ نظرت؛ فإن كان الغالب بقاء ذلك، لحدة الآلة، وسرعة القتل، فالأولى إباحته؛ لأنه بمنزلة ما قطعت عنقه بضربة السيف، وإن كانت الآلة كالة، وأبطأ قطعه، وطال تعذيبه، لم يبح؛ لأنه مشكوك في وجود ما يحله، فيحرم، كما لو أرسل كلبه على الصيد، فوجد معه كلبا آخر لا يعرفه.

[مسألة ذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر]
(٧٧٦٨) مسألة؛ قال: (وذكاتها ذكاة جنينها، أشعر أو لم يشعر) يعني إذا خرج الجنين ميتا من بطن أمه بعد ذبحها، أو وجده ميتا في بطنها، أو كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح، فهو حلال.
روي هذا عن عمر، وعلي. وبه قال سعيد بن المسيب، والنخعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.
وقال ابن عمر: ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر. وروي ذلك عن عطاء، وطاوس، ومجاهد، والزهري، والحسن، وقتادة، ومالك، والليث، والحسن بن صالح، وأبي ثور؛ لأن عبد الله بن كعب بن مالك، قال: كان". (١)

٦٣٤. ٢٩٤-"أن لا يكون بأكلها بأس. وروي ذلك بإسناده عن عقيل بن عمير، وطاوس. وقالا: تحركت. ولم يقولا: سال الدم. وهذا على مذهب أبي حنيفة.
وقال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن شاة مريضة، خافوا عليها الموت، فذبحوها، فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها، أو حركت يدها أو رجلها أو ذنبها بضعف، فنهر الدم؟ قال: فلا بأس به. وقال ابن أبي موسى: إذا انتهت إلى حد لا تعيش معه، لم تبح بالذكاة.
ونص عليه أحمد، فقال: إذا شق الذئب بطنها، فخرج قصبها، فذبحها، لا تؤكل. وقال: إن كان يعلم أنها تموت من عقر السبع، فلا تؤكل وإن ذكاها. وقد يخاف على الشاة الموت من العلة والشيء يصيبها، فيبادرها فيذبحها، فيأكلها. وليس هذا مثل هذه، لا يدري، لعلها تعيش، والتي قد خرجت أمعاؤها، يعلم أنها لا تعيش. وهذا قول أبي يوسف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٠

والأول أصح؛ لأن عمر – رضي الله عنه – انتهى به الجرح إلى حد علم أنه لا يعيش معه، فوصى، فقبلت وصاياه، ووجبت العبادة عليه، وفيما ذكرنا من عموم الآية والخبر، وكون النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يستفصل في حديث جارية كعب، ما يرد هذا، وتحمل نصوص أحمد، على شاة خرجت أمعاؤها، وبانت منها، فتلك لا تحل بالذكاة؛ لأنها في حكم الميت، ولا تبقى حركتها إلا كحركة المذبوح، فأما ما خرجت أمعاؤها، ولم تبن منها، فهي في حكم الحياة تباح بالذبح، ولهذا قال الخرقي، في من شق بطن رجل، فأخرج حشوته، فقطعها فأبانها، ثم ضرب عنقه آخر، فالقاتل هو الأول. ولو شق بطن رجل، وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثاني.

وقال بعض أصحابنا : إذا كانت تعيش معظم اليوم، حلت بالذكاة. وهذا التحديد بعيد، يخالف ظواهر النصوص، ولا سبيل إلى معرفته. وقوله في حديث جارية كعب: فأدركتها فذكتها بحجر. يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها في ساعتها. والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمنا يكون الموت بالذبح أسرع منه، حلت بالذبح، وأنها متى كانت مما لا يتيقن موتها، كالمريضة، أنها متى تحركت، وسال دمها، حلت والله أعلم.

[مسألة المحرم من الحيوان]

(٧٧٨٠) مسألة؛ قال: (والمحرم من الحيوان، ما نص الله تعالى عليه في كتابه، وما كانت العرب تسميه طيبا فهو حلال، وما كانت تسميه خبيثا، فهو محرم؛ لقول الله تعالى ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] يعني بقوله: ما سمى الله تعالى في كتابه. قوله سبحانه: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به﴾ [المائدة: ٣] . وما عدا هذا، فما استطابته العرب، فهو حلال؛ لقول الله تعالى ﴿ويحل لهم الطيبات﴾ [الأعراف: ١٥٧] . يعني يستطيبونه دون الحلال، بدليل قوله في الآية الأخرى ﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات﴾ [المائدة: ٤] . ولو أراد الحلال لم يكن ذلك جوابا لهم. وما استخبثته العرب، فهو محرم؛". (١)

٦٣٥. ٢٩٥-"والضبع، محرم.

قال قتادة: ما البغل إلا شيء من الحمار. وعن جابر قال: ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٥

فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل.

[فصل حكم ألبان الحمر]

(٧٧٨٤) فصل: وألبان الحمر محرمة، في قول أكثرهم. ورخص فيها عطاء، وطاوس والزهري. والأول أصح؛ لأن حكم الألبان حكم اللحمان.

[مسألة حكم أكل كل ذي ناب من السباع]

(٧٧٨٥) مسألة؛ قال: (وكل ذي ناب من السباع، وهي التي تضرب بأنيابها الشيء وتفرس) أكثر أهل العلم يرون تحريم كل ذي ناب قوي من السباع، يعدو به ويكسر، إلا الضبع، منهم مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحابالحديث وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الشعبي، وسعيد بن جبير، وبعض أصحاب مالك: هو مباح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿قل لا أجد في ما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه﴾ [الأنعام: ١٤٥] .

وقوله سبحانه: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣] ولنا، ما روى أبو ثعلبة الخشني، قال: «نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذي ناب من السباع» . متفق عليه. وقال أبو هريرة: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أكل كل ذي ناب من السباع حرام» . قال ابن عبد البر: هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته.

وهذا نص صريح يخص عموم الآيات، فيدخل في هذا الأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والكلب، والخنزير. وقد روي عن الشعبي، أنه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب؟ فقال: لا شفاه الله. وهذا يدل على أنه رأى تحريمه.

[فصل حكم أكل القرد]

(٧٧٨٦) فصل: ولا يباح أكل القرد. وكرهه عمر، وعطاء، ومجاهد، ومكحول، والحسن، ولم يجيزوا بيعه. قال ابن عبد البر: لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا أن القرد لا يؤكل، ولا يجوز بيعه. وروي عن الشعبي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن لحم القرد. ولأنه سبع، فيدخل في عموم الخبر، وهو مسخ أيضا، فيكون من الخبائث المحرمة.

[فصل حكم أكل ابن آوى والنمس وابن عرس]

(٧٧٨٧) فصل: وابن آوى، والنمس، وابن عرس، حرام. سئل أحمد عن ابن آوى وابن عرس فقال: كل شيء ينهش". (١)

٦٣٦. ٢٩٦-"الشجرتين، فلا يقربن مصلانا» . وفي رواية: «فلا يقربنا في مساجدنا» . رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وليس أكلها محرما؛ لما روى أبو أيوب «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – بعث إليه بطعام لم يأكل منه النبي – صلى الله عليه وسلم – فذكر ذلك له، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: فيه الثوم. فقال: يا رسول الله، أحرام هو؟ قال: لا، ولكنني أكرهه من أجل ريحه» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لعلي: «كل الثوم، فلولا أن الملك يأتيني لأكلته» .

وإنما منع أكلها لئلا يؤذي الناس برائحته؛ ولذلك نهي عن قربان المساجد، فإن أتى المساجد كره له ذلك، ولم يحرم عليه؛ لما روى المغيرة بن شعبة، قال: «أكلت ثوما، وأتيت مصلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقد سبقت بركعة، فلما دخلت المسجد، وجد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ريح الثوم، فلما قضى صلاته، قال: من أكل من هذه الشجرة، فلا يقربنا حتى يذهب ريحها. فجئت، فقلت: يا رسول الله: لتعطني يدك. قال: فأدخلت يده في كم قميصي إلى صدري، فإذا أنا معصوب الصدر، فقال: إن لك عذرا» . رواه أبو داود.

وقد روي عن أحمد، أنه يأثم؛ لأن ظاهر النهي التحريم، ولأن أذى المسلمين حرام وهذا فيه أذاهم.

[فصل حكم أكل الغدة وأذن القلب]

فصل: ويكره أكل الغدة، وأذن القلب؛ لما روي عن مجاهد، قال: كره رسول الله – صلى الله عليه وسلم – من الشاة ستا. وذكر هذين. ولأن النفس تعافهما وتستخبثهما، ولا أظن أحمد كرههما إلا لذلك، لا للخبر؛ لأنه قال فيه: هذا حديث منكر. ولأن في الخبر ذكر الطحال. وقد قال أحمد: لا بأس به، ولا أكره منه شيئا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٨

(٧٨٤١) فصل: وقيل لأبي عبد الله الجبن؟ قال: يؤكل من كل.
وسئل عن الجبن الذي يصنعه المجوس؟ فقال ما أدري، إلا أن أصح حديث فيه حديث الأعمش، عن أبي وائل، عن عمرو بن شرحبيل، قال: سئل عمر عن الجبن، وقيل له: يعمل فيه الإنفحة الميتة. فقال: سموا أنتم، وكلوا. رواه أبو معاوية، عن الأعمش. وقال أليس الجبن الذي نأكله عامته يصنعه المجوس؟ ." (١)

٦٣٧. ٢٩٧-"عن سبعة. وقال أيضا: كنا نتمتع مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنذبح البقرة عن سبعة، نشترك فيها. رواه مسلم. وهذان أصح من حديثهم.
وأما حديث رافع، فهو في القسمة، لا في الأضحية. إذا ثبت هذا، فسواء كان المشتركون من أهل بيت، أو لم يكونوا، مفترضين أو متطوعين أو كان بعضهم يريد القربة وبعضهم يريد اللحم؛ لأن كل إنسان منهم إنما يجزئ عنه نصيبه، فلا تضره نية غيره في عشره.

[فصل لا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة]
(٧٨٥٥) فصل: ولا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة، أو بقرة أو بدنة. نص عليه أحمد. وبه قال مالك والليث والأوزاعي وإسحاق.
وروي ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة. قال صالح: قلت لأبي: يضحى بالشاة عن أهل البيت؟ قال: نعم، لا بأس، قد ذبح النبي - صلى الله عليه وسلم - كبشين، فقرب أحدهما، فقال: «بسم الله، اللهم هذا عن محمد وأهل بيته» . وقرب الآخر، فقال: «بسم الله، اللهم هذا منك ولك، عمن وحدك من أمتي» . وحكي عن أبي هريرة، أنه كان يضحي بالشاة، فتجيء ابنته، فتقول: عني؟ فيقول: وعنك. وكره ذلك الثوري وأبو حنيفة؛ لأن الشاة لا تجزئ عن أكثر من واحد، فإذا اشترك فيها اثنان، لم تجز عنهما، كالأجنبيين.
ولنا ما روى مسلم، بإسناده عن عائشة «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بكبش ليضحي به، فأضجعه، ثم ذبحه، ثم قال: بسم الله، اللهم تقبل من محمد وآل محمد» . وعن جابر، قال «ذبح رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم الذبح كبشين أملحين أقرنين، فلما وجههما قال: وجهت

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٣٠

وجهي للذي فطر السموات والأرض، على ملة، إبراهيم حنيفا، مسلما، وما أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين، اللهم منك ولك، عن محمد وأمته، بسم الله، والله أكبر. ثم ذبح» . رواه أبو داود.

وروى ابن ماجه، عن أبي أيوب، قال: «كان الرجل في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - يضحي بالشاة عنه وعن أهل بيته، فيأكلون، ويطعمون الناس» . حديث حسن صحيح.

(٧٨٥٦) فصل: وأفضل الأضاحي البدنة، ثم البقرة، ثم الشاة، ثم شرك في بقرة. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال مالك: الأفضل الجذع من الضأن، ثم البقرة، ثم البدنة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضحى بكبشين، ولا يفعل إلا الأفضل، ولو علم الله خيرا منه لفدى به إسحاق.". (١)

٦٣٨. ٢٩٨-"أما العيوب الأربعة الأول، فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أنها تمنع الإجزاء؛ لما روى البراء قال: قام فينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: «أربع لا تجوز في الأضاحي؛ العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين ظلعها والعجفاء التي لا تنقي» . رواه أبو داود، والنسائي.

ومعنى العوراء البين عورها، التي قد انخسفت عينها، وذهبت؛ لأنها قد ذهبت عينها، والعين عضو مستطاب، فإن كان على عينها بياض ولم تذهب، جازت التضحية بها؛ لأن عورها ليس ببين، ولا ينقص ذلك لحمها. والعجفاء المهزولة التي لا تنقي، هي التي لا مخ لها في عظامها؛ لهزالها، والنقي: المخ، قال الشاعر:

لا يشتكين عملا ما أنقين ... ما دام مخ في سلامى أو عين

فهذه لا تجزئ؛ لأنها لا لحم فيها، إنما هي عظام مجتمعة.

وأما العرجاء البين عرجها: فهي التي بها عرج فاحش، وذلك يمنعها من اللحاق بالغنم فتسبقها إلى الكلإ فيرعينه ولا تدركهن، فينقص لحمها، فإن كان عرجا يسيرا لا يفضي بها إلى ذلك، أجزأت. وأما المريضة التي لا يرجى برؤها: فهي التي بها مرض قد يئس من زواله؛ لأن ذلك ينقص لحمها وقيمتها نقصا كبيرا، والذي في الحديث المريضة البين مرضها، وهي التي يبين أثره عليها؛ لأن ذلك ينقص

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٨/٩

لحمها ويفسده، وهو أصح.

وذكر القاضي أن المراد بالمريضة الجرباء؛ لأن الجرب يفسد اللحم ويهزل إذا كثر. وهذا قول أصحاب الشافعي. وهذا تقييد للمطلق، وتخصيص للعموم بلا دليل، والمعنى يقتضي العموم كما يقتضيه اللفظ، فإن كان المرض يفسد اللحم وينقصه، فلا معنى للتخصيص مع عموم اللفظ والمعنى.

وأما العضب: فهو ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن، وذلك يمنع الإجزاء أيضا. وبه قال النخعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي: تجزئ مكسورة القرن. وروي نحو ذلك عن علي وعمر وعمار وابن المسيب والحسن. وقال مالك: إن كان قرنها يدمى، لم يجز، وإلا جاز.

وقال عطاء ومالك: إذا ذهبت الأذن كلها، لم يجز، وإن ذهب يسير، جاز. واحتجوا بأن قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أربع لا تجوز في الأضاحي» . يدل على أن غيره يجزئ؛ ولأن في حديث البراء، عن عبيد بن فيروز، قال: قلت للبراء فإني أكره النقص من القرن ومن الذنب. فقال: اكره لنفسك ما شئت،". (١)

٦٣٩. ٢٩٩-"الأسماء إلي عبد الله، وعبد الرحمن» حديث صحيح. وروي عن سعيد بن المسيب، أنه قال: أحب الأسماء إلى الله تعالى، أسماء الأنبياء، «وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – تسموا باسمي، ولا تكنوا بكنيتي» . وفي رواية: «لا تجمعوا بين اسمي وبين كنيتي.»

[فصل يكره أن يلطخ رأس المولود بدم]

(٧٩٠٠) فصل: ويكره أن يلطخ رأسه بدم. كره ذلك أحمد، والزهري، ومالك، والشافعي، وابن المنذر. وحكي عن الحسن، وقتادة، أنه مستحب؛ لما روي في حديث سمرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «الغلام مرتهن بعقيقته، تذبح عنه يوم السابع، ويدمى» . رواه همام، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة. قال ابن عبد البر: لا أعلم أحدا قال هذا إلا الحسن وقتادة، وأنكره سائر أهل العلم، وكرهوه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «مع الغلام عقيقته فأهريقوا عنه دما، وأميطوا عنه الأذى» . رواه أبو داود.

وهذا يقتضي أن لا يمس بدم؛ لأنه أذى. وروى يزيد بن عبد المزني، عن أبيه، أن النبي – صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤١

عليه وسلم - قال: «يعق عن الغلام، ولا يمس رأسه بدم» . قال مهنا: ذكرت هذا الحديث لأحمد، فقال: ما أظرفه. ورواه ابن ماجه، ولم يقل: عن أبيه. ولأن هذا تنجيس له، فلا يشرع، كلطخه بغيره من النجاسات، وقال بريدة: كنا في الجاهلية، إذا ولد لأحدنا غلام، ذبح شاة، ويلطخ رأسه بدمها، فلما جاء الإسلام، كنا نذبح شاة، ونحلق رأسه، ونلطخه بزعفران. رواه أبو داود.

فأما رواية من روى: " ويدمى " فقال أبو داود " ويسمى " أصح. هكذا قال سلام بن أبي مطيع، عن قتادة، وإياس بن دغفل، عن الحسن، ووهم همام، فقال: " ويدمى "، قال أحمد: قال فيه ابن أبي عروبة " يسمى ". وقال همام " يدمى " وما أراه إلا خطأ. وقد قيل: هو تصحيف من الراوي.

[مسألة يجتنب في العقيقة من العيب ما يجتنب في الأضحية]

(٧٩٠١) مسألة؛ قال: ويجتنب فيها من العيب ما يجتنب في الأضحية". (١)

٦٤٠. ٣٠٠-"يعني فلا كفارة عليه في الحنث. وقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم، ولا في معصية الله - تعالى ولا في قطيعة رحم، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها، فليدعها، وليأت الذي هو خير، فإن تركها كفارة» . رواه أبو داود. ولأن الكفارة إنما تجب لرفع الإثم، ولا إثم في الطاعة. ولأن اليمين كالنذر، ولا نذر في معصية الله - تعالى.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليأت الذي هو خير، وليكفر عن يمينه. وقال: إني والله، إن شاء الله، لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيرا منها، إلا أتيت الذي هو خير، وكفرت عن يميني» . أخرجه البخاري. وحديثهم لا يعارض حديثنا؛ لأن حديثنا أصح منه وأثبت.

ثم إنه يحتمل أن تركها كفارة لإثم الحلف، والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة. وقولهم: إن الحنث طاعة. قلنا: فاليمين غير طاعة، فتلزمه الكفارة؛ للمخالفة، ولتعظيم اسم الله - تعالى - إذا حلف به ولم يبر يمينه. إذا ثبت هذا، نظرنا في يمينه، فإن كانت على ترك شيء ففعله، حنث، ووجبت الكفارة. وإن كانت على فعل شيء فلم يفعله، وكانت يمينه مؤقتة بلفظه، أو نيته، أو قرينة حاله، ففات الوقت،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٢/٩

حنث، وكفر.

وإن كانت مطلقة، لم يحنث إلا بفوات وقت الإمكان؛ لأنه ما دام في الوقت والفعل ممكن، فيحتمل أن يفعل فلا يحنث؛ ولهذا «قال عمر للنبي - صلى الله عليه وسلم -: ألم تخبرنا أنا نأتي البيت، ونطوف به؟ قال: فأخبرتك أنك تأتيه العام؟ قال: لا. قال: فإنك آتيه ومطوف به» . وقد قال الله - تعالى: ﴿قل بلى وربي لتبعثن﴾ [التغابن: ٧] . وهو حق، ولم يأت بعد.

[مسألة حلف على شيء ففعله ناسيا]

(٧٩٤٧) مسألة؛ قال: (وإن فعله ناسيا، فلا شيء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق) وجملة ذلك أن من حلف أن لا يفعل شيئا، ففعله ناسيا. فلا كفارة عليه. نقله عن أحمد الجماعة، إلا في الطلاق والعتاق، فإنه يحنث. هذا ظاهر المذهب. واختاره الخلال وصاحبه. وهو قول أبي عبيد. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضا، وهذا قول عطاء، وعمرو بن دينار، وابن أبي نجيح، وإسحاق، قالوا: لا حنث على الناسي في طلاق ولا غيره.

وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب: ٥] ."۔ (١)

٦٤١. ٣٠١-"وإن قال: والعهد والميثاق لأفعلن. ونوى عهد الله، كان يمينا؛ لأنه نوى الحلف بصفة من صفات الله - تعالى. وإن أطلق، فقال القاضي: فيه روايتان؛ إحداهما يكون يمينا؛ لأن لام التعريف إن كانت للعهد، يجب أن تنصرف إلى عهد الله؛ لأنه الذي عهدت اليمين به، وإن كانت للاستغراق، دخل فيه ذلك والثانية، لا يكون يمينا؛ لأنه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة، ولم يصرفه إلى ذلك بنيته، فلا تجب الكفارة؛ لأن الأصل عدمها.

[مسألة الحلف بالخروج من الإسلام]

(٧٩٦٦) مسألة؛ قال: (أو بالخروج من الإسلام) اختلفت الرواية عن أحمد، في الحلف بالخروج من الإسلام، مثل أن يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، إن فعل كذا أو: هو بريء من الإسلام،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٩٤

أو من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أو من القرآن، إن فعل. أو يقول: هو يعبد الصليب، أو يعبدك، أو يعبد غير الله – تعالى، إن فعل. أو نحو هذا، فعن أحمد: عليه الكفارة إذا حنث. يروى هذا عن عطاء، وطاوس، والحسن، والشعبي، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحابالرأي. ويروى ذلك عن زيد بن ثابت – رضي الله عنه –.

والرواية الثانية: لا كفارة عليه. وهو قول مالك، والشافعي، والليث، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه لم يحلف باسم الله، ولا صفته، فلم تلزمه كفارة، كما لو قال: عصيت الله فيما أمرني. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الرواية الأولى على الندب، دون الإيجاب؛ لأنه قال، في رواية حنبل: إذا قال: أكفر بالله، أو أشرك بالله. فأحب إلي أن يكفر كفارة يمين إذا حنث.

ووجه الرواية الأولى، ما روي عن الزهري، عن خارجة بن زيد، عن أبيه، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه سئل عن الرجل يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو بريء من الإسلام. في اليمين يحلف بها، فيحنث في هذه الأشياء، فقال: «عليه كفارة يمين» . أخرجه أبو بكر. ولأن البراءة من هذه الأشياء توجب الكفر بالله، فكان الحلف يمينا، كالحلف بالله – تعالى.

والرواية الثانية أصح، إن شاء الله – تعالى، فإن الوجوب من الشارع، ولم يرد في هذه اليمين نص، ولا هي في قياس المنصوص، فإن الكفارة إنما وجبت في الحلف باسم الله تعظيما لاسمه، وإظهارا لشرفه وعظمته، ولا تتحقق التسوية.

[فصل قال هو يستحل الخمر والزنى إن فعل ثم حنث]

(٧٩٦٧) فصل: وإن قال: هو يستحل الخمر والزنى إن فعل. ثم حنث، أو قال: هو يستحل ترك الصلاة أو الصيام". (١)

٦٤٢. ٣٠٢-"إحدانا، فقالت له ذلك، فقال: «لا، بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش، ولن أعود له» . فنزل: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضات أزواجك﴾ [التحريم: ١] . متفق عليه، فإن قيل: إنما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية، كذلك قال الحسن، وقتادة.

قلنا: ما ذكرناه أصح؛ فإنه متفق عليه، وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل، المشاهدة للحال،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٧

أولى، والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة، لم يعدلا به شيئا، ولم يصيرا إلى غيره، فكيف يصار إلى قولهما، ويترك قولها؟ وقد روي عن ابن عباس، وابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه جعل تحريم الحلال يمينا.

ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية، كان حجة لنا؛ لأنها من الحلال الذي حرم، وليست زوجة، فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضي وجوبه في كل حلال حرم، بالقياس عليها؛ لأنه حرم الحلال فأوجب الكفارة، كتحريم الأمة والزوجة، وما ذكروه يبطل بتحريمها. وإذا قال: هذه ربيبتي. يقصد تحريمها، فهو ظهار.

[مسألة أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله]

(٧٩٧٠) مسألة؛ قال: (أو يقول: أقسم بالله، أو أشهد بالله، أو أعزم بالله) هذا قول عامة الفقهاء، لا نعلم فيه خلافا، وسواء نوى اليمين، أو أطلق؛ لأنه لو قال: بالله. ولم يقل: أقسم، ولا أشهد، ولم يذكر الفعل، كان يمينا، وإنما كان يمينا بتقدير الفعل قبله؛ لأن الباء تتعلق بفعل مقدر، على ما ذكرناه، فإذا أظهر الفعل، ونطق بالمقدر، كان أولى بثبوت حكمه، وقد ثبت له عرف الاستعمال، قال الله تعالى: ﴿فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] .

وقال تعالى: ﴿وأقسموا بالله﴾ [الأنعام: ١٠٩] . وقال: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾ [النور: ٦] ويقول الملاعن في لعانه: أشهد بالله إني لمن الصادقين. وتقول المرأة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين. وأنشد أعرابي عمر

أقسم بالله لتفعلنه

وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي، فقال: أقسمت بالله، أو شهدت بالله.

قال عبد الله بن". (١)

٦٤٣. ٣٠٣-"أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق فيما لا يملك، ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك» قال الترمذي وهذا حديث حسن، وهو أحسن ما روي في هذا الباب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٩/٩

وعن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم، وإن عينها» رواه الدارقطني وروى أبو بكر في الشافي عن الخلال، عن الرمادي، عن عبد الرزاق، عن معمر، عن جويبر، عن الضحاك، عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا طلاق قبل نكاح» .

قال أحمد: هذا عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وعدة من الصحابة. ولأن من لا يقع طلاقه وعتقه بالمباشرة، لم تنعقد له صفة، كالمجنون، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا. والرواية الثانية عن أحمد، أنه يصح في العتق ولا يصح في الطلاق. قال، في رواية أبي طالب: إذا قال: إن اشتريت هذا الغلام فهو حر. فاشتراه عتق، وإن قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق.

فهذا غير الطلاق، هذا حق لله تعالى، والطلاق يمين، ليس هو لله تعالى، ولا فيه قربة إلى الله - تعالى. قال أبو بكر في كتاب الشافي: لا يختلف قول أبي عبد الله، أن الطلاق إذا وقع قبل النكاح لا يقع، وأن العتاق يقع، إلا ما روى محمد بن الحسن بن هارون في العتق، أنه لا يقع، وما أراه إلا غلطا، كذلك سمعت الخلال يقول، فإن كان حفظ فهو قول آخر. والفرق بينهما، أن ناذر العتق يلزمه الوفاء به، وأن ناذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به، فكما افترقا في النذر، جاز أن يفترقا في اليمين، ولأنه لو قال لأمته: أول ولد تلدينه فهو حر. فإنه يصح وهو تعليق للحرية على الملك.

وعن أحمد، - رحمه الله -، ما يدل على وقوع الطلاق والعتق. وهو قول الثوري، وأصحابالرأي؛ لأنه يصح تعليقه على الأخطار، فصح تعليقه على حدوث الملك، كالوصية والنذر واليمين. وقال مالك: إن خص جنسا من الأجناس، أو عبدا بعينه، عتق إذا ملكه، وإن قال: كل عبد أملكه فهو حر. لم يصح. والأول أصح، إن شاء الله - تعالى؛ لأنه تعليق للطلاق والعتاق قبل الملك، فأشبه ما لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق. أو لأمة غيره: إن دخلت الدار فأنت حرة ثم تزوج الأجنبية، وملك الأمة، ودخلتا الدار، فإن الطلاق لا يقع، ولا تعتق الأمة، بغير خلاف نعلمه.

[مسألة حلف أن لا ينكح فلانة أو لا اشتريت فلانة فنكحها نكاحا فاسدا]

(٨٠٠٢) مسألة؛ قال: ولو حلف أن لا ينكح فلانة، أو: لا اشتريت فلانة. فنكحها نكاحا فاسدا،

أو اشتراها شراء فاسدا، لم يحنث". (١)

٦٤٤. ٣٠٤-"كاختصاص الهدية والعمرى باسمين، ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة، وكذلك اختلاف الأحكام، فإنه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس، كما يثبت للآدمي من الأحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان. وإن وصى له، لم يحنث؛ لأن الهبة تمليك في الحياة، والوصية إنما تملك بالقبول بعد الموت.

وإن أعاره، لم يحنث؛ لأن الهبة تمليك الأعيان، وليس في العارية تمليك عين، ولأن المستعير لا يملك المنفعة، وإنما يستبيحها، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها، ولا يملك المستعير إجارتها، ولا إعارتها. هذا قول القاضي، ومذهب الشافعي. وقال أبو الخطاب: يحنث؛ لأن العارية هبة المنفعة. والأول **أصح**.

وإن أضافه، لم يحنث؛ لأنه لم يملكه شيئا، وإنما أباحه، ولهذا لا يملك التصرف بغير الأكل. وإن باعه وحاباه، لم يحنث؛ لأنه معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع، ولو كان هبة أو بعضه هبة، لم يملك أخذه كله. وقال أبو الخطاب: يحنث، في أحد الوجهين؛ لأنه يترك له بعض المبيع بغير ثمن، أو وهبه بعض الثمن. وإن وقف عليه، فقال أبو الخطاب: يحنث؛ لأنه تبرع له بعين في الحياة. ويحتمل أن لا يحنث؛ لأن الوقف لا يملك، في رواية.

وإن حلف لا يتصدق عليه، فوهب له، لم يحنث؛ لأن الصدقة نوع من الهبة، ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر، ولا يثبت للجنس حكم النوع، ولهذا حرمت الصدقة على النبي - صلى الله عليه وسلم -، ولم تحرم الهبة ولا الهدية. وإن حلف لا يهب له شيئا، فأسقط عنه دينا، لم يحنث إلا أن ينوي؛ لأن الهبة تمليك عين، وليس له إلا دين في ذمته.

[مسألة حلف أن لا يشتري فلانا أو لا يضربه فوكل في الشراء والضرب]

مسألة؛ قال: ولو حلف أن لا يشتري فلانا، أو لا يضربه، فوكل في الشراء والضرب، حنث وجملته أن من حلف أن لا يفعل شيئا، فوكل من فعله، حنث، إلا أن ينوي مباشرته بنفسه. ونحو هذا قول مالك، وأبي ثور. وقال الشافعي: لا يحنث، إلا أن ينوي بيمينه أن لا يستنيب في فعله، أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته؛ لأن إطلاق إضافة الفعل يقتضي مباشرته؛ بدليل أنه لو وكله في البيع لم يجز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٦/٩

للوكيل توكيل غيره.
وإن حلف لا يبيع ولا يضرب، فأمر من فعله، فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه، لم يحنث، وإن كان ممن لا يتولاه، كالسلطان، ففيه قولان. وإن حلف لا يحلق رأسه، فأمر من حلقه، فقيل: فيه قولان وقيل: يحنث، قولا واحدا. وقال أصحاب الرأي: إن حلف لا يبيع، فوكل من باع، لم يحنث، وإن حلف لا يضرب، ولا يتزوج، فوكل من فعله، حنث.
ولنا أن الفعل يطلق على من وكل فيه، وأمر به، فيحنث به، كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه، وكما لو حلف لا يحلق رأسه، فأمر من حلقه، أو لا يضرب، فوكل من ضرب عند أبي حنيفة، وقد قال الله تعالى:". (١)

٦٤٥. ٣٠٥-"[فصل إجابة من سأل بالله]
(٨٠١٧) فصل: ويستحب إجابة من سأل بالله؛ لما روى ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «من استعاذ بالله فأعيذوه، ومن سألكم بالله فأعطوه، ومن استجار بالله فأجيروه، ومن أتى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا، فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأتموه» وعن أبي ذر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «ثلاثة يحبهم الله، وثلاثة يبغضهم الله؛ أما الذين يحبهم الله؛ فرجل سأل قوما، فسألهم بالله، ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم، فتخلف رجل بأعقابهم، فأعطاه سرا، لا يعلم بعطيته إلا الله - عز وجل - والذي أعطاه، وقوم ساروا ليلتهم حتى إذا كان النوم أحب إليهم مما يعدل به، فوضعوا رءوسهم، فقام يتملقني ويتلو آياتي، ورجل كان في سرية، فلقوا العدو فهزموا، فأقبل بصدره حتى يقتل أو يفتح له، والثلاثة الذين يبغضهم الله؛ الشيخ الزاني، والفقير المختال، والغني الظلوم» رواهما النسائي.

[فصل قال حلفت ولم يكن حلف]
(٨٠١٨) فصل: إذا قال: حلفت. ولم يكن حلف، فقال أحمد: هي كذبة، ليس عليه يمين. وعنه: عليه الكفارة؛ لأنه أقر على نفسه. والأول هو المذهب، لأنه حكم فيما بينه وبين الله - تعالى، فإذا كذب في الخبر به، لم يلزمه حكمه، كما لو قال: ما صليت. وقد صلى. ولو قال: علي يمين. ونوى

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٠/٩

الخبر، فهي كالتي قبلها، وإن نوى القسم، فقال أبو الخطاب: هي يمين. وهو قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي: ليس بيمين؛ لأنه لم يأت باسم الله – تعالى – المعظم، ولا صفته، فلم يكن يمينا، كما لو قال: حلفت.

وهذا أصح، إن شاء الله؛ فإن هذه ليست صيغة اليمين والقسم، وإنما هي صيغة الخبر، فلا يكون بها حالفا، وإن قدر ثبوت حكمها، لزمه أقل ما يتناوله الاسم، وهو يمين ما، وليست كل يمين موجبة للكفارة، فلا يلزمه شيء. ووجه الأول، أنه كناية عن اليمين وقد نوى بها اليمين، فتكون يمينا، كالصريح.". (١)

٦٤٦. ٣٠٦-"ولنا، قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] . والتحرير فعل العتق، ولم يحصل العتق هاهنا بتحرير منه، ولا إعتاق، فلم يكن ممتثلا للأمر، ولأن عتقه مستحق بسبب آخر، فلم يجزئه، كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته، أو كأم الولد، ويخالف المشتري البائع من وجهين؛ أحدهما، أن البائع يعتقه، والمشتري لم يعتقه، إنما يعتق بإعتاق الشرع، وهذا عن غير اختيار منه. والثاني، أن البائع لا يستحق عليه إعتاقه، والمشتري بخلافه.

[فصل ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته]

(٨٠٤١) فصل: إذا ملك نصف عبد، فأعتقه عن كفارته، عتق، وسرى إلى باقيه إن كان موسرا بقيمة باقيه، ولم يجزئه عن كفارته، في قول أبي بكر الخلال، وصاحبه، وحكاه عن أحمد. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل بإعتاقه، إنما حصل بالسراية، وهي غير فعله، وإنما هي من آثار فعله فأشبه ما لو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة، يحقق هذا، أنه لم يباشر بالإعتاق إلا نصيبه، فسرى إلى غيره، ولو خص نصيب غيره بالإعتاق، لم يعتق منه شيء، ولأنه إنما يملك إعتاق نصيبه، لا نصيب غيره. وقال القاضي: قال غيرهما من أصحابنا : يجزئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته.

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه أعتق عبدا كامل الرق، سليم الخلق، غير مستحق العتق، ناويا به الكفارة، فأجزأه، كما لو كان الجميع ملكه. والأول أصح، إن شاء الله، ولا نسلم أنه أعتق العبد كله، وإنما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٣٦

أعتق نصفه، وعتق الباقي عليه، فأشبه شراء قريبه، ولأن إعتاق باقيه مستحق بالسراية، فهو كالقريب، فعلى هذا: هل يجزئه عتق نصفه الذي هو ملكه ويعتق نصفا آخر، فتكمل الكفارة؟ ينبني على ما إذا أعتق نصفي عبدين، وسنذكره إن شاء الله – تعالى.

وإن نوى عتق نصيبه عن الكفارة، ولم ينو ذلك في نصيب شريكه، لم يجزئه نصيب شريكه وفي نصيبه نفسه ما سنذكره، إن شاء الله تعالى. ولو كان معسرا، فأعتق نصيبه عن كفارته، فكذلك، فإن ملك باقيه، فأعتقه عن الكفارة، أجزأه ذلك، وإن أراد صيام شهر، وإطعام ثلاثين مسكينا، لم يجزئه، كما لو أعتق نصف عبد في كفارة اليمين، وأطعم خمسة مساكين أو كساهم، لم يجزئه.

[فصل كان العبد كله له فأعتق جزءا منه في كفارة اليمين]

(٨٠٤٢) فصل: وإن كان العبد كله له، فأعتق جزءا منه معينا، أو مشاعا عتق جميعه. فإن كان نوى به الكفارة، أجزأ عنه؛ لأن إعتاق بعض العبد إعتاق لجميعه، وإن نوى إعتاق الجزء الذي باشره بالإعتاق عن الكفارة دون غيره، لم يجزئه عتق غيره. وهل يحتسب بما نوى به الكفارة؟ على وجهين.". (١)

٦٤٧. ٣٠٧-"لله – تعالى، فإذا كان مطالبا بالدين، وجب تقديمه، كزكاة الفطر، فإن لم يكن مطالبا بالدين، فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما تجب الكفارة؛ لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال، فلم تسقط بالدين، كزكاة الفطر. والثانية لا تجب؛ لأنها حق لله تعالى، يجب في المال فأسقطها الدين، كزكاة المال.

وهذا أصح؛ لأن حق الآدمي أولى بالتقديم، لشحه، وحاجته إليه، وفيه نفع للغريم، وتفريغ ذمة المدين، وحق الله – تعالى – مبني على المسامحة؛ لكرمه وغناه، ولأن الكفارة بالمال لها بدل، ودين الآدمي لا بدل له، ويفارق صدقة الفطر؛ لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره، كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه، ولا بدل لها، بخلاف الكفارة.

[فصل فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام]

(٨٠٥٨) فصل: فإن كان له مال غائب، أو دين يرجو وفاءه، لم يكفر بالصيام. وهذا قول الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٥١

وقال أبو حنيفة: يجزئه الصيام؛ لأنه غير واجد، فأجزأه الصيام، عملا بقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] .

وقياسا على المعسر، والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدي في موضعه، انتقل إلى الصيام، ولو عدم الماء في موضعه، انتقل إلى التيمم، ولو عدم المظاهر المال في موضعه، انتقل إلى الصيام، والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان، ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال، أشبه هذه الأصول. ولنا، أنه حق مال يجب على وجه الطهرة، فلم تمنع الغيبة وجوبه، كالزكاة، ولأنه غير مؤقت، ولا ضرر في تأخيره، فلم يسقط بغيبته، كالزكاة، وفارق الهدي؛ فإن له وقتا يفوت بالتأخير، والتيمم يفضي تأخيره إلى فوات الصلاة، وتأخير كفارة الظهار يفضي إلى ترك الوطء، وفيه ضرر، بخلاف مسألتنا، ولا نسلم عدم التمكن؛ ولهذا صح بيع الغائب، مع أن التمكن من التسليم شرط.

[مسألة من ملك رقبة تجزئ في الكفارة لا يجزئه الصيام]

(٨٠٥٩) مسألة؛ قال (ومن له دار لا غنى له عن سكناها، أو دابة يحتاج إلى ركوبها، أو خادم يحتاج إلى خدمته، أجزأه الصيام في الكفارة) وجملته أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية، والسكنى من الحوائج الأصلية، وكذلك الدابة التي يحتاج إلى ركوبها؛ لكونه لا يطيق المشي فيما يحتاج إليه، أو لم تجر عادته به، وكذلك الخادم الذي يحتاج إلى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه؛ لمرض، أو كبر، أو لم تجر عادته به، فهذه الثلاثة من الحوائج الأصلية لا تمنع التكفير بالصيام، ولا الزكاة من الأخذ والكفارة.". (١)

٦٤٨. ٣٠٨-"عبده في غد، فمات العبد اليوم، ويحتمل أن يحنث؛ لأنه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه، فأشبه المكره. وإن قلنا: لا تنحل يمينه بعزله. فرفعه إليه بعد عزله، بر بذلك.

[فصل اختلف السبب والنية في الحلف]

(٨٠٧٤) فصل: فإن اختلف السبب والنية، مثل أن امتنت عليه امرأته بغزلها، فحلف أن لا يلبس ثوبا من غزلها، ينوي اجتناب اللبس خاصة، دون الانتفاع بثمنه وغيره، قدمت النية على السبب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٥٩

وجها واحدا؛ لأن النية وافقت مقتضى اللفظ. وإن نوى بيمينه ثوبا واحدا، فكذلك في ظاهر كلام الخرقي.

وقال القاضي: يقدم السبب؛ لأن اللفظ ظاهر في العموم، والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه؛ لأن السبب هو الامتنان، وظاهر حاله قطع النية، فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين، والأول أصح؛ لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد، فإذا خالف حقيقة القصد، لم يعتبر، وكان وجوده كعدمه، فلم يبق إلا لفظه بعمومه، والنية تخصه، على ما بيناه فيما مضى.

[مسألة حلف لا يسكن دارا هو ساكنها]

(٨٠٧٥) مسألة؛ قال (ولو حلف لا يسكن دارا هو ساكنها، خرج من وقته، وإن تخلف عن الخروج من وقته، حنث) وجملة ذلك إن ساكن الدار إذا حلف لا يسكنها، فمتى أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه فيه الخروج، حنث؛ لأن استدامة السكنى كابتدائها، في وقوع اسم السكنى عليها، ألا تراه يقول: سكنت هذه الدار شهرا. كما يقول: لبست هذا الثوب شهرا؟ وبهذا قال الشافعي. وإن أقام لنقل رحله وقماشه، لم يحنث؛ لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال، فيحتاج أن ينقل ذلك معه، حتى يكون منتقلا. ويحكى عن مالك، أنه إن أقام دون اليوم والليلة، لم يحنث؛ لأن ذلك قليل يحتاج إليه في الانتقال، فلم يحنث به. وعن زفر، أنه قال: يحنث وإن انتقل في الحال؛ لأنه لا بد أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظة، فيحنث بها.

وليس بصحيح؛ فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين، ولا يقع عليه، وأما إذا أقام زمنا يمكنه الانتقال فيه، فإنه يحنث؛ لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى، فحنث به، كموضع الاتفاق، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار، فدخل إلى أول جزء منها، حنث، وإن كان قليلا؟ (٨٠٧٦) فصل: وإن أقام لنقل متاعه وأهله، لم يحنث. وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يحنث. ولنا، أن الانتقال إنما يكون بالأهل والمال، على ما سنذكره، فلا يمكنه التحرز من هذه الإقامة، فلا". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦٨

٦٤٩. ٣٠٩-"بتغيرها، كما لو حلف لا يدخلها فصارت نصا. والأول أصح؛ لأنه لم يساكنه فيها، لكون المساكنة في الدار لا تحصل مع كونهما دارين،، وفارق الدخول، فإنه دخلها متغيرة.

[فصل حلف ليخرجن من هذه الدار]

(٨٠٨٠) فصل: وإن حلف ليخرجن من هذه الدار، اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله، كما لو حلف لا يسكنها وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة، تناولت يمينه الخروج بنفسه؛ لأن الدار يخرج منها صاحبها في اليوم مرات عادة، فظاهر حاله أنه لم يرد الخروج المعتاد، وإنما أراد الخروج الذي هو النقلة، والخروج من البلد بخلاف ذلك. وإذا خرج الحالف، فهل له العود فيه؟ عن أحمد روايتان؛ إحداهما، لا شيء عليه في العود ولا يحنث به؛ لأن يمينه على الخروج وقد خرج، فانحلت يمينه، لفعل ما حلف عليه، فلم يحنث فيما بعد.

والثانية، يحنث بالعود؛ لأن ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه، ولا يحصل ذلك بالعود. ويمكن حمل هذه الرواية على أن للمحلوف عليه سببا هيج يمينه، أو دلت قرينة حاله على إرادته هجرانه، أو نوى ذلك بيمينه، فاقتضت يمينه دوام اجتنابها. وإن لم يكن كذلك، لم يحنث بالعود؛ لأن اليمين تحمل عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ، ومقتضاه هاهنا الخروج، وقد فعله، فانحلت يمينه. وكذلك الحكم إذا حلف على الرحيل منها، إلا أنه إذا حلف على الرحيل من بلد، لم يبر إلا بالرحيل بأهله.

[مسألة حلف لا يدخل دارا فحمل فأدخلها]

(٨٠٨١) مسألة؛ قال: (ولو حلف لا يدخل دارا، فحمل فأدخلها، ولم يمكنه الامتناع، لم يحنث) نص عليه أحمد هذا، في رواية أبي طالب. وهو قول الشافعي وأبي ثور، وأصحابالرأي. ولا نعلم فيه خلافا وذلك لأن الفعل غير موجود منه، ولا منسوب إليه. وإن حمل بأمره، فأدخلها، حنث؛ لأنه دخل مختارا، فأشبه ما لو دخل راكبا. وإن حمل بغير أمره، ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع، حنث أيضا؛ لأنه دخلها غير مكره، فأشبه ما لو حمل بأمره.

وقال أبو الخطاب: في الحنث وجهان؛ أحدهما، لا يحنث؛ لأنه لم يفعل الدخول، ولم يأمر به، فأشبه ما لو لم يمكنه الامتناع. ومتى دخل باختياره، حنث، سواء كان ماشيا، أو راكبا، أو محمولا، أو ألقى نفسه في ماء فجره إليها، أو سبح فيه فدخلها، وسواء دخلها من بابها، أو تسور حائطها، أو دخل

من طاقة فيها، أو نقب حائطا، ودخل من ظهرها، أو غير ذلك.
(٨٠٨٢) فصل: وإن أكره بالضرب ونحوه على دخولها، فدخلها، لم يحنث، في أحد الوجهين، وهو أحد، قولي الشافعي.". (١)

٦٥٠. ٣١٠-"يمينه بهذا المعنى، كما لو صرح به، فإن لم تكن له نية رجع إلى سبب اليمين، فإن كانت تقتضي التعجيل، فهو كما لو نواه؛ لأن السبب يدل على النية، وإن لم ينو ذلك، ولا كان السبب يقتضيه، فظاهر كلام الخرقي، أنه لا يبر إلا بقضائه في الغد، ولا يبر بقضائه قبله.
وقال القاضي: يبر على كل حال؛ لأن اليمين للحث على الفعل، فمتى عجله، فقد أتى بالمقصود، فيه، كما لو نوى ذلك. والأول أصح، إن شاء الله؛ لأنه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظا، ولم تصرفها عنه نية ولا سبب، فتصرف كما لو حلف ليصومن شعبان، فصام رجبا. ويحتمل ما قاله القاضي في القضاء خاصة؛ لأن عرف هذه اليمين في القضاء التعجيل، فتنصرف اليمين المطلقة إليه.
(٨١١٦) فصل: فأما غير قضاء الحق، كأكل شيء، أو شربه، أو بيع شيء، أو شرائه، أو ضرب عبد، ونحوه، فمتى عين وقته، ولم ينو ما يقتضي تعجيله، ولا كان سبب يمينه يقتضيه، لم يبر إلا بفعله في وقته. وذكر القاضي، أنه يبر بتعجيله عن وقته. وحكي ذلك عن أصحاب أبي حنيفة. ولنا، أنه لم يفعل المحلوف عليه في وقته، من غير نية تصرف يمينه، ولا سبب، فيحنث، كالصيام. ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته، وبعضه في وقته، لم يبر؛ لأن اليمين في الإثبات لا يبر فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه، فترك بعضه في وقته، كترك جميعه، إلا أن ينوي أن لا يجاوز ذلك الوقت، أو يقتضي ذلك سببها.

[فصل حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل منها]
(٨١١٧) فصل: ومن حلف لا يبيع ثوبه بعشرة، فباعه بها أو بأقل منها، حنث. وإن باعه بأكثر منها، لم يحنث. وقال الشافعي لا يحنث إذا باعه بأقل؛ لأنه لم يتناوله يمينه. ولنا، أن العرف في هذا أن لا يبيعه بها، ولا بأقل منها، بدليل أنه لو وكل في بيعه إنسانا، وأمره أن لا يبيعه بعشرة، لم يكن له بيعه بأقل منها، ولأن هذا تنبيه على امتناعه من بيعه بما دون العشرة، والحكم يثبت بالبينة، كثبوته

(١) المغني لابن قدامة ٥٧١/٩

باللفظ. إن حلف: لا اشتريته بعشرة. فاشتراه بأقل، لم يحنث.

وإن اشتراه بها أو بأكثر، حنث؛ لما ذكرنا. ومقتضى مذهب الشافعي، أن لا يحنث إذا اشتراه بأكثر منها؛ لأن يمينه لم تتناوله لفظا. ولنا، أنها تناولته عرفا وتنبيها، فكان حانثا، كما لو حلف: ما له علي حبة.

فإنه يحنث إذا كان له عليه أكثر منها، ويبرأ بيمينه مما زاد عليها، كبراءته منها. قيل لأحمد رجل إن حلف لا ينقص هذا الثوب عن كذا. قال: قد أخذته، ولكن هب لي كذا. قال: هذا حيلة. قيل له: فإن قال البائع: بعتك بكذا، وأهب لفلان شيئا آخر. قال هذا كله ليس بشيء. فكرهه.". (١)

٦٥١. ٣١١-"السابعة، فلسه الحاكم، ففارقه، نظرت؛ فإن ألزمه الحاكم، فهو كالمكره، وإن لم يلزمه مفارقته، لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته، حنث؛ لأنه فارقه من غير إكراه، فحنث، كما لو حلف لا يصلي، فوجبت عليه صلاة فصلاها.

الثامنة، أحاله الغريم بحقه، ففارقه، فإنه يحنث. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا يحنث. لأنه قد برئ إليه منه ولنا، أنه ما استوفى حقه منه، بدليل أنه لم يصل إليه شيء، ولذلك يملك المطالبة به، فحنث، كما لو لم يحله. فإن ظن أنه قد بر بذلك، ففارقه، فقال أبو الخطاب: يخرج على الروايتين. والصحيح أنه يحنث؛ لأن هذا جهل بحكم الشرع فيه، فلا يسقط عنه الحنث، كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة.

فأما إن كانت يمينه: لا فارقتك ولي قبلك حق. فأحاله به، ففارقه، لم يحنث؛ لأنه لم يبق له قبله حق. وإن أخذ به ضمينا أو كفيلا أو رهنا، ففارقه، حنث، بلا إشكال؛ لأنه يملك مطالبة الغريم. التاسعة، قضاه عن حقه عوضا عنه، ثم فارقه. فقال ابن حامد: لا يحنث. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه قد قضاه. حقه وبرئ إليه منه بالقضاء.

وقال القاضي: يحنث؛ لأن يمينه على نفس الحق، وهذا بدله. وإن كانت يمينه: لا فارقتك حتى تبرأ من حقي، أو: لي قبلك حق. لم يحنث، وجها واحدا؛ لأنه لم يبق له قبله حق، وهذا مذهب الشافعي. والأول أصح؛ لأنه قد استوفى حقه. العاشرة، وكل وكيلا يستوفي له حقه، فإن فارقه قبل استيفاء الوكيل، حنث؛ لأنه فارقه قبل استيفاء حقه. وإن استوفى الوكيل، ثم فارقه، لم يحنث؛ لأن استيفاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨٩/٩

وكيله استيفاء له، يبرأ به غريمه، ويصير في ضمان الموكل.

[فصل: قال: لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك فأكره على فراقه]
(٨١٢٣) فصل: فأما إن قال: لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك. نظرت؛ فإن فارقه المحلوف عليه مختارا، حنث. وإن أكره على فراقه، لم يحنث. وإن فارقه الحالف مختارا، حنث، إلا على ما ذكره القاضي في تأويل كلام الخرقي، وهو مذهب الشافعي، وسائر الفروع تأتي هاهنا على نحو ما ذكرناه.

[فصل: كانت يمينه لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه]
(٨١٢٤) فصل: وإن كانت يمينه: لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه، حنث؛ لأن يمينه تقتضي ألا تحصل بينهما فرقة بوجه، وقد حصلت الفرقة بهربه. وإن أكرها على الفرقة، لم يحنث، إلا على قول من لم ير الإكراه عذرا.

[فصل: حلف لا فارقتك حتى أوفيك حقك فأبرأه الغريم منه]
(٨١٢٥) فصل: فإن حلف: لا فارقتك حتى أوفيك حقك. فأبرأه الغريم منه، فهل يحنث؟ على وجهين؛ بناء على المكره. وإن كان الحق عينا، فوهبها له الغريم، فقبلها، حنث؛ لأنه ترك إيفاءها له باختياره. وإن قبضها منه، ثم وهبها إياه، لم يحنث. وإن كانت يمينه: لا فارقتك ولك قبلي حق. لم يحنث إذا أبرأه، أو وهب العين له.". (١)

٦٥٢. ٣١٢-"[مسألة نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام]
(٨١٧٨) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم، وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام، كفر كفارة يمين، وأطعم لكل يوم مسكينا) وجملته أن من نذر طاعة لا يطيقها، أو كان قادرا عليها، فعجز عنها، فعليه كفارة يمين؛ لما روى عقبة بن عامر، قال: «نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية، فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاستفتيته، فقال: لتمش، ولتركب» متفق عليه.
ولأبي داود: وتكفر يمينها. وللترمذي: «ولتصم ثلاثة أيام» . وعن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين. قال: ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته

(١) المغني لابن قدامة ٥٩٣/٩

كفارة يمين.» رواه أبو داود، وقال: وقفه من رواه عن ابن عباس. وقال ابن عباس: من نذر نذرا لم يسمه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا في معصية، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا يطيقه، فليف الله بما نذر. فإذا كفر، وكان المنذور غير الصيام، لم يلزمه شيء آخر.

وإن كان صياما. فعن أحمد روايتان؛ إحداهما، يلزمه لكل يوم إطعام مسكين. قال القاضي: وهذه أصح؛ لأنه صوم وجد سبب إيجابه عينا، فإذا عجز عنه، لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكينا، كصيام رمضان، ولأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعا، ولو عجز عن الصوم المشروع، أطعم عن كل يوم مسكينا، وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور.

والثانية، لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره؛ لقوله – عليه السلام –: «ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين» . وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته، ولأنه نذر عجز عن الوفاء به، فكان الواجب فيه كفارة يمين، كسائر النذور، ولأن موجب النذر موجب اليمين، إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قربة، ولا يصح قياسه على صوم رمضان؛ لوجهين؛ أحدهما، أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت، فكذلك في الحياة، وهذا بخلافه، ولأن صوم رمضان آكد؛ بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه، وعظم إثم من أفطر بغير عذر.

والثاني، أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع، ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة، فأجزأت عنه، بخلاف المشروع. وقولهم: إن المطلق من كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع.". (١)

٦٥٣. ٣١٣-"كفارة ثانية. نص عليه أحمد؛ فإنه قال، فيمن نذر صيام أيام، فمرض فإن كان قد كفر عن الأول، ثم أفطر بعد ذلك، كفر كفارة أخرى، وإن لم يكن كفر عن الأول، فكفارة واحدة، ولا يكون مثل اليمين، إذا حنث وكفر، سقطت عنه. ويتخرج أنه متى كفر مرة، لم تلزمه كفارة أخرى؛ لأن النذر كاليمين، ويشبه اليمين، وإيجاب الكفارة فيه لذلك، واليمين لا يوجب أكثر من كفارة، فمتى كفرها، لم يجب بها أخرى، كذلك النذر. فعلى هذا، متى فاته شيء فكفر عنه، ثم فاته شيء آخر، قضاه من غير كفارة؛ لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه، ولا إجماع ولا قياس، فلا يمكن

---

(١) المغني لابن قدامة ١١/١٠

إيجابها بغير دليل.

[فصل نذر صوم سنة بعينها]

(٨٢٠٢) فصل: إذا نذر صوم سنة بعينها، لم يدخل في نذره رمضان؛ لأنه لا يقبل غير صوم رمضان، فأشبه الليل، ولا يوما العيدين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن صيامهما، ولا يصح صومهما عن النذر، فأشبها رمضان. وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال، يقضي يوم الفطر، ويكفر. فعلى هذه الرواية، يدخل في نذره العيدان وأيام التشريق؛ لأنها أيام من جملة السنة.

والأول أصح، وفي أيام التشريق روايتان. وإن نذر صوم سنة مطلقة، فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يلزمه؛ لأن السنة المطلقة تنصرف إلى المتتابعة. فعلى هذه الرواية، حكمها حكم المعينة، في أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان، وفي أيام التشريق روايتان، فإن ابتدأها من أول شهر، أتم أحد عشر شهرا بالهلال، إلا شهر شوال، فإنه يتمه بالعدد؛ لأنه لم يصم من أوله، وإن ابتدأها من أثناء شهر، أتم ذلك الشهر بالعدد، والباقي بالهلال، على ما ذكرنا.

والرواية الثانية: لا تلزمه متابعة. وهو مذهب الشافعي؛ لأن المتفرقة تسمى سنة، فيتناولها نذره، فيلزمه اثنا عشر شهرا بالأهلة، إن شاء، وإن شاء صامها بالعدد. وإن ابتدأ الشهر من أثنائه، أتمه ثلاثين يوما. وإنما لزمه هاهنا اثنا عشر شهرا؛ لأنه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان، ولا الأيام التي لا يجوز صيامها، فجعل نذره على ما ينعقد فيه النذر، بخلاف ما إذا عين السنة، وهذا كمن عين سلعة بالعقد، فوجد بها عيبا، لم يكن له إبدالها، ولو وصفها ثم وجدها معيبة، ملك إبدالها، ويتم شوالا بالعدد؛ لأنه لم يبدأه من أوله.

وإن صام ذا الحجة من أوله، قضى أربعة أيام، تاما كان أو ناقصا؛ لأنه بدأه من أوله. وقيل: إن كان ناقصا قضى خمسة ليكمله ثلاثين؛ لأنه لم يصم الشهر كله، فأشبه شوالا. وإن شرط التتابع، صار حكمها حكم المعينة.". (١)

٦٥٤. ٣١٤-"- صلى الله عليه وسلم -: لو كان عليها دين، أكنت قاضيه؟ . قال: نعم. قال: فاقض الله، فهو أحق بالقضاء» . رواهما البخاري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤/١٠

وهذا صريح في الصوم والحج، ومطلق في النذر، وما عدا المذكور في الحديث يقاس، عليه وحديث ابن عمر في الصوم الواجب بأصل الشرع، ويتعين حمله عليه جمعا بين الحديثين، ولو قدر التعارض، لكانت أحاديثنا أصح، وأكثر، وأولى بالتقديم. إذا ثبت هذا، فإن الأولى أن يقضي النذر عنه وارثه، فإن قضاه غيره، أجزأه عنه، كما لو قضى عنه دينه؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – شبهه بالدين، وقاسه عليه، ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه، وغيره مثله في التبرع. وإن كان النذر في مال، تعلق بتركته.

[فصل نذر أن يطوف على أربع]

(٨٢١٢) فصل: ومن نذر أن يطوف على أربع، فعليه طوافان. قال ذلك ابن عباس؛ لما روى «معاوية بن خديج الكندي، أنه قدم على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ومعه أمه كبشة بنت معديكرب عمة الأشعث بن قيس فقالت: يا رسول الله إني آليت أن أطوف بالبيت حبوا. فقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: طوفي على رجليك سبعين؛ سبعا عن يديك، وسبعا عن رجليك» . أخرجه الدارقطني، بإسناده وقال ابن عباس، في امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع، قال: تطوف عن يديها سبعا، وعن رجليها سبعا. رواه سعيد.

والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه، ولا يلزمه ذلك على يديه؛ لأنه غير مشروع، فيسقط، كما أن «أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة، فأمرها النبي – صلى الله عليه وسلم – أن تحج وتختمر» . وروى عكرمة، أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – كان في سفر، فحانت منه نظرة، فإذا امرأة ناشرة شعرها، فقال: مروها فلتختمر ومر برجلين مقترنين، فقال: أطلقا قرانكما» .

وقد ذكرنا حديث أبي إسرائيل، الذي نذر أن يصوم، ويفعل أشياء، فأمره النبي – صلى الله عليه وسلم – بالصوم وحده، ونهاه عن سائر نذوره. وهل تلزمه كفارة؟ يخرج فيه وجهان؛ بناء على ما تقدم.

وقياس المذهب لزوم الكفارة؛ لإخلاله بصفة نذره، وإن كان غير مشروع، كما لو كان أصل النذر غير مشروع.". (١)

(١) المغني لابن قدامة ٣٠/١٠

٦٥٥. ٣١٥-"ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه؛ ليشاهد ما يكتبه، ويشافهه بما يملي عليه، وإن قعد ناحية، جاز؛ لأن المقصود يحصل، فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم، فيستبرئه.

[فصل ترافع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه]

(٨٢٦٣) فصل: وإذا ترافع إلى الحاكم خصمان، فأقر أحدهما لصاحبه، فقال المقر له للحاكم: أشهد لي على إقراره شاهدين. لزمه ذلك؛ لأن الحاكم لا يحكم بعلمه، فربما جحد المقر، فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه، ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى، فإن الإنسان عرضة النسيان، فلا يمكنه الحكم بإقراره.

وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه، أو بيمين المدعي بعد النكول، فسأله المدعي أن يشهد على نفسه، لزمه؛ لأنه لا حجة للمدعي سوى الإشهاد، وإن ثبتت عنده بينة فسأله الإشهاد، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يلزمه؛ لأن بالحق بينة، فلا يجب جعل بينة أخرى. والثاني، يجب؛ لأن في الإشهاد فائدة جديدة، وهي إثبات تعديل بينته، وإلزام خصمه وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الإشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له.

في سقوط المطالبة مرة أخرى، وفي جميع ذلك، إذا سأله أن يكتب له محضرا بما جرى، ففيه وجهان؛ أحدهما، يلزمه ذلك؛ لأنه وثيقة له، فهو كالإشهاد؛ لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة، أو نسيا الخصمين، فلا يذكرهما إلا رؤية خطيهما.

والثاني، لا يلزمه؛ لأن الإشهاد يكفيه. والأول **أصح**؛ لأن الشهود تكثر عليهم الشهادات، ويطول عليهم الأمد، والظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققا يحصل به أداؤها، فلا يتقيد إلا بالكتاب. فإن اختار أن يكتب له محضرا، فصفته: حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني، قاضي عبد الله الإمام فلان، على كذا وكذا.

وإن كان خليفة القاضي قال: خليفة القاضي فلان بن فلان الفلاني عبد الله قاضي الإمام بمجلس حكمه وقضائه. فإن كان يعرف المدعي والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما، قال: فلان بن فلان الفلاني، وأحضر معه فلان بن فلان الفلاني. ويرفع في نسبهما حتى يتميز ويستحب ذكر حليتهما، وإن أخل به، جاز؛ لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية. وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين، قال: مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني، وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني. ويرفع في نسبهما، ويذكر حليتهما؛ لأن الاعتماد عليها، فربما استعار النسب.

ويقول: أغم، أو أنزع. ويذكر صفة العينين والأنف والفم والحاجبين، واللون والطول والقصر. ما ادعى عليه كذا وكذا، فأقر له. ولا يحتاج أن يقول: بمجلس حكمه. لأن الإقرار يصح في غير مجلس الحكم.". (١)

٦٥٦. ٣١٦-"والثاني، لا تلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده، أو حكم به، فأما استئناف ابتداء، فيكفيه فيه الإشهاد، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق؛ لأن الحق ثبت عليه بالشهادة. والأول **أصح**؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق، ويخاف الضرر بدون المحضر، فأشبه ما حكم به ابتداء. وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق، لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه ملكه، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره. وكذلك كل من له كتاب بدين، فاستوفاه، أو عقار فباعه، لا يلزمه دفع الكتاب؛ لأنه ملكه؛ ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقا، فيعود إلى ماله.

[فصل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر]

(٨٢٨١) فصل: ويقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر، وإلى قاضي قرية، ومن قاضي قرية إلى قاضي قرية، وقاضي مصر. ومن القاضي إلى خليفته، ومن خليفته إليه؛ لأنه كتاب من قاض إلى قاض، فأشبه ما لو استويا.

ويجوز أن يكتب إلى قاض معين، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم، من غير تعيين، ويلزم من وصله قبوله. وبهذا قال أبو ثور. واستحسنه أبو يوسف. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكتب إلى غير معين. ولنا، أنه كتاب حاكم من ولايته، وصل إلى حاكم، فلزمه قبوله، كما لو كان الكتاب إليه بعينه.

[فصل صفة كتاب القاضي إلى القاضي]

فصل: وصفة الكتاب: بسم الله الرحمن الرحيم سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، أنه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي، الذي أتولاه بمكان كذا. وإن كان نائبا، قال: الذي أنوب فيه عن القاضي فلان، بمحضر من خصمين؛ مدع، ومدعى عليه، جاز استماع الدعوى منهما، وقبول البينة من أحدهما على الآخر، بشهادة فلان وفلان، وهما من الشهود

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٥/١٠

المعدلين عندي، عرفتهما، وقبلت شهادتهما، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني، بعينه واسمه ونسبه.

فإن كان في إثبات أسر أسير قال: وإن الفرنج، خذلهم الله، أسروه بمكان كذا، في وقت كذا، وأخذوه إلى مكان كذا، وهو مقيم تحت حوطتهم، أبادهم الله، وإنه رجل فقير من فقراء المسلمين، ليس له شيء من الدنيا، ولا يقدر على فكاك نفسه، ولا على شيء منه، وإنه مستحق للصدقة، على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه، المتصل أوله بآخر كتابي هذا، المؤرخ بكذا.

وإن كان في إثبات دين كتب: وإنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني – ويرفع في نسبه، ويصفه بما يتميز به من الدين – كذا وكذا، دينا عليه حالا، وحقا واجبا لازما، وإنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه.". (١)

٦٥٧. ٣١٧-"عشر حسنات، وإن أخطأت، فلك حسنة» وعن عقبة بن عامر مثله.

ولأن الإمام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين، فلا يتفرغ للقضاء بينهم.

فإذا ولى قاضيا، استحب أن يجعل له أن يستخلف؛ لأنه قد يحتاج إلى ذلك، فإذا أذن له في الاستخلاف، جاز له بلا خلاف نعلمه، وإن نهاه عنه، لم يكن له أن يستخلف؛ لأن ولايته بإذنه، فلم يكن له ما نهاه عنه، كالوكيل، وإن أطلق، فله الاستخلاف.

ويحتمل أن لا يكون له ذلك؛ لأنه يتصرف بالإذن، فلم يكن له ما لم يأذن فيه، كالوكيل. ولأصحابالشافعي في هذا وجهان.

ووجه الأول، أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين، فإذا فعله بنفسه أو بغيره، جاز، كما لو أذن له، ويفارق التوكيل؛ لأن الإمام يولي القضاء للمسلمين، لا لنفسه، بخلاف التوكيل، فإن استخلف في موضع ليس له الاستخلاف، فحكمه حكم من لم يول.

[فصل يولي الإمام قاضيا عموم النظر في خصوص العمل]

(٨٢٩٢) فصل: ويجوز أن يولي قاضيا عموم النظر في خصوص العمل، فيقلده النظر في جميع الأحكام في بلد بعينه، فينفذ حكمه فيمن سكنه، ومن أتى إليه من غير سكانه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٣/١٠

ويجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل، فيقول: جعلت إليك الحكم في المداينات خاصة، في جميع ولايتي.

ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال، نحو أن يقول: احكم في المائة فما دونها. فلا ينفذ حكمه في أكثر منها.

ويجوز أن يوليه عموم النظر في عموم العمل، وخصوص النظر في خصوص العمل.

ويجوز أن يولي قاضيين وثلاثة في بلد واحد، يجعل لكل واحد عملا، فيولي أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم في المداينات، وآخر النظر في العقار. ويجوز أن يولي كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد، فإن قلد قاضيين أو أكثر عملا واحدا، في مكان واحد، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يجوز.

اختاره أبو الخطاب، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه يؤدي إلى إيقاف الحكم والخصومات، لأنهما يختلفان في الاجتهاد، ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر. والآخر، يجوز ذلك. وهو قول أصحاب أبي حنيفة.

وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأنه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها، فيكون فيها قاضيان، فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان، ولأن الغرض فصل". (١)

٦٥٨. ٣١٨-"[مسألة الشهود في الأموال]

(٨٣٣٦) مسألة؛ قال: (ولا يقبل في الأموال أقل من رجل وامرأتين، ورجل عدل مع يمين الطالب) وجملة ذلك، أن المال كالقرض، والغصب، والديون كلها، وما يقصد به المال كالبيع، والوقف، والإجارة، والهبة، والصلح، والمساقاة، والمضاربة، والشركة، والوصية له، والجناية الموجبة للمال؛ كجناية الخطأ، وعمد الخطأ، والعمد الموجب للمال دون القصاص، كالجائفة، وما دون الموضحة من الشجاج، يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

وقال أبو بكر: لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين؛ لأنها جناية، فأشبهت ما يوجب القصاص. والأول أصح؛ لأن موجبها المال، فأشبهت البيع، وفارق ما يوجب القصاص؛ لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء، وكذلك ما يوجبه. والمال يثبت بشهادة النساء، وكذلك ما يوجبه. ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٢/١٠

خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال.
وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه، بقوله سبحانه: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ [البقرة: ٢٨٢] . إلى قوله: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وأجمع أهل العلم على القول به. وقد ذكرنا خبر أبي هريرة، وابن عباس فيه.

[فصل ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين]
(٨٣٣٧) فصل: وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين. وروي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي - رضي الله عنهم - وهو قول الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وشريح، وإياس، وعبد الله بن عتبة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، ويحيى بن يعمر، وربيعة، ومالك، وابن أبي ليلى، وأبي الزناد، والشافعي.
وقال الشعبي، والنخعي، وأصحابالرأي، والأوزاعي: لا يقضى بشاهد ويمين. وقال محمد بن الحسن: من قضى بالشاهد واليمين، نقضت حكمه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] . فمن زاد في ذلك، فقد زاد في النص، والزيادة في النص نسخ، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» . فحصر اليمين في جانب المدعى عليه، كما حصر البينة في جانب المدعي.
ولنا، ما روى سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - باليمين مع الشاهد الواحد.» رواه سعيد بن منصور في " سننه "، والأئمة من أهل السنن والمسانيد، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وفي الباب عن علي، وابن عباس، وجابر، ومسروق. وقال النسائي: إسناد حديث ابن عباس". (١)

٦٥٩. ٣١٩-"ولنا، ما روى أبو موسى، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لعب بالنردشير، فقد عصى الله ورسوله» . وروى بريدة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» . رواهما أبو داود. وكان سعيد بن

(١) المغني لابن قدامة ١٣٣/١٠

جبير إذا مر على أصحاب النردشير، لم يسلم عليهم. إذا ثبت هذا، فمن تكرر منه اللعب به، لم تقبل شهادته، سواء لعب به قمارا أو غير قمار. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، وظاهر مذهب الشافعي. قال مالك: من لعب بالنرد والشطرنج، فلا أرى شهادته طائلة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾ [يونس: ٣٢] . وهذا ليس من الحق، فيكون من الضلال.

(٨٣٦٢) فصل: فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم، إلا أن النرد آكد منه في التحريم؛ لورود النص في تحريمه، لكن هذا في معناه، فيثبت فيه حكمه، قياسا عليه. وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه؛ علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما، وعروة، ومحمد بن علي بن الحسين، ومطرا الوراق، ومالكا. وهو قول أبي حنيفة. وذهب الشافعي إلى إباحته. وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير. واحتجوا بأن الأصل الإباحة، ولم يرد بتحريمها نص، ولا هي في معنى المنصوص عليه، فتبقى على الإباحة. ويفارق الشطرنج النرد من وجهين؛ أحدهما، أن في الشطرنج تدبير الحرب، فأشبه اللعب بالحراب، والرمي بالنشاب، والمسابقة بالخيل. والثاني، أن المعول في النرد ما يخرجه الكعبتان، فأشبه الأزلام، والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره، فأشبه المسابقة بالسهام. ولنا، قول الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠] .

قال علي - رضي الله عنه -: الشطرنج من الميسر. ومر علي - رضي الله عنه - على قوم يلعبون بالشطرنج، فقال: (ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون) . قال أحمد: أصح ما في الشطرنج، قول علي - رضي الله عنه -. وروى واثلة بن الأسقع - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله عز وجل ينظر". (١)

٦٦٠. ٣٢٠-"كان وقفا عليهم بإقرارهم. وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفا عليه، والباقي يقضي منه الدين وما فضل يكون ميراثا، فما حصل للابنين منه كان وقفا عليهما، ولا يرث الحالف شيئا؛ لأنه يعترف أنه لا يستحق منها شيئا سوى ما وقف عليه. وإن حلفوا كلهم، فثبت الوقف عليهم، لم يخل من أن يكون الوقف مرتبا على بطن، ثم على بطن بعد بطن أبدا، أو مشتركا، فإن كان مرتبا، فإذا انقرض الأولاد الثلاثة، انتقل الوقف إلى البطن الثاني، بغير يمين؛ لأنه قد ثبت كونه

(١) المغني لابن قدامة ١٥١/١٠

وقفا بالشاهدين ويمين الأولاد، فلم يحتج من انتقل إليه إلى بينة، كما لو ثبت بشاهدين، وكالمال الموروث.

وكذلك إذا انقرض الأولاد، ورجع إلى المساكين، لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين؛ لما ذكرناه. وإن انقرض أحد الأولاد، انتقل نصيبه منه إلى إخوته، أو إلى من شرط الواقف انتقاله إليه، بغير يمين؛ لما ذكرنا. فإن امتنع البطن الأول من اليمين، فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفا عليهم بإقرارهم، فإذا انقرضوا، كان ذلك وقفا على حسب ما أقروا به، فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم، ثم على أولادهم، فقال أولادهم: نحن نحلف مع شاهدنا، لتكون جميع الدار وقفا لنا. فلهم ذلك؛ لأنهم ينقلون الوقف من الواقف، فلهم إثباته كالبطن الأول.

فأما إن حلف أحد البنين، ونكل أخواه، ثم مات الحالف؛ نظرت، فإن مات بعد موت إخوته، صرف نصيبه إلى أولاده، وجها واحدا. وإن مات في حياة إخوته، ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها، ينصرف إلى إخوته؛ لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول. والثاني، ينتقل إلى أولاده؛ لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما، فصارا كالمعدومين. والثالث، يصرف إلى أقرب عصبة الواقف؛ لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين، ولا إلى البطن الثاني، لما ذكرنا، فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف، إلى أن يموت الأخوان، ثم يعود إلى البطن الثاني.

والأول **أصح**؛ لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما، وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان، ثبت الوقف من غير يمين، وها هنا قد حصل الاعتراف من البطن الثاني، فوجب أن ينصرف إليهما؛ لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له. فإن قيل: فإذا كان البطن الثاني صغارا، فما حصل الاعتراف منهم. قلنا: قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه، وبالبينة التي ثبت بها الوقف، وبها يستحق البطن الثاني، فاكتفي بذلك في انتقاله إلى الأخوين، كما يكتفى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الأخوين، ويدل على صحة هذا، أننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف، وفي كيفيته، وصفته، وترتيبه، فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه.". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٩

٦٦١. ٣٢١-"ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنى واحد أو باثنين، فإن كانت بفعل واحد، مثل أن يعين الجميع وقتا واحدا، لا يمكن زناه فيه في الموضعين، فاثنان منهم كاذبان يقينا، واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم، لكانا قاذفين، فمع التعارض أولى. وإن كانت شهادتهم بفعلين، كانوا قذفة، كما لو عينوا في شهادتهم أنه زنى مرة أخرى. وما ذكروه يبطل بالأصل الذي ذكرناه.

[فصل يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى]

(٨٤٤٦) فصل: وكذلك كل شهادة على فعلين، مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة، وآخران أنه زنى بأخرى، أو يشهدان أنه زنى بها في يوم، وآخران أنه زنى بها في آخر، أو يشهدان أنه زنى بها ليلا، وآخران أنه زنى بها نهارا، أو يشهدان أنه زنى بها غدوة، ويشهد آخران أنه زنى بها عشيا، وأشباه هذا، فإنهم قذفة في هذه المواضع، وعليهم الحد؛ لما ذكرناه.

فإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية منه أخرى، وكانتا متباعدتين، فالحكم فيه كما ذكرنا. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادتهم، ويحد المشهود عليه استحسانا. وهو قول أبي بكر. ولنا، أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما، ولا يصح نسبته إليهما، فأشبها البيتين. وأما إن كانتا متقاربتين، تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما، لقربه منها، كملت الشهادة؛ لإمكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعا.

[فصل كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه]

(٨٤٤٧) فصل: ومتى كانت الشهادة على فعل، فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه، أو صفة له تدل على تغاير الفعلين، لم تكمل شهادتهما، مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا يوم السبت، ويشهد الآخر أنه غصبه دينارا يوم الجمعة، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر، أو يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا، ويشهد الآخر أنه غصبه ثوبا، فلا تكمل الشهادة؛ لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا إن اختلفا في زمن القتل، أو مكانه، أو صفته، أو في شرب الخمر، أو القذف، لم تكمل الشهادة؛ لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر، فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد، فلم يقبل إلا على قول أبي بكر، فإن هذه الشهادة لم تكمل.

ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان، فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه

سرق مع الزوال كيسا أبيض، وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة، وشهد الآخر أنه سرقه عشيا، لم تكمل الشهادة. ذكره ابن حامد. وقال أبو بكر: تكمل. والأول أصح؛ لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه.". (١)

٦٦٢. ٣٢٢-"وفارق الشهادة على الفعل؛ فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين، فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة، فإن شهادتهما لا تقبل هاهنا. ويحقق ما ذكرناه، أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم إلى المشهود له، فيمضي إليهم في أوقات متفرقة، وأماكن مختلفة، فيشهدهم على إقراره. وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين، مثل أن يقول أحدهما: أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس.

وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الجمعة. أو قال أحدهما: أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعربية. وقال الآخر: أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعجمية. لم تكمل الشهادة؛ لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه، فلم تكمل الشهادة، كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم، لم تكمل الشهادة. وعلى قول أبي بكر، تكمل الشهادة في القتل، والقذف؛ لأن القذف بالعربية أو العجمية، والقتل بالبصرة أو الكوفة، ليس من المقتضي، فلا يعتبر في الشهادة، ولم يؤثر. والأول أصح.

[فصل شهد أحدهما أنه باع أمس وشهد الآخر أنه باع اليوم]

(٨٤٤٩) فصل: فإن شهد أحدهما أنه باع أمس، وشهد الآخر أنه باع اليوم، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة. وقال الشافعي. لا تكمل؛ لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب في وقتين. ووجه قول أصحابنا ، أن المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى، ويكون واحدا، فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر، كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢١٥

[فصل الحكم في كل شهادة على قول]

فصل: وكذلك الحكم في كل شهادة على قول، فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد. فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم، لم تكمل الشهادة، في قولهم جميعا؛ لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم، فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد، فلم يثبت، كما لو كانت الشهادة على فعل، وكذلك القذف، فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد.

[فصل شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه]

(٨٤٥١) فصل: فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه، كملت الشهادة، وحكم بها؛ لأنه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به، فلم يختلف الفعل، وكملت الشهادة، كما لو". (١)

٦٦٣. ٣٢٣-"إلا الأطباء، أو اختلفا في داء يختص بمعرفته الأطباء، أو في داء الدابة، فظاهر كلام الخرقي أنه إذا قدر على طبيبين، أو بيطارين، لا يجزئ واحد؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال، فلم تقبل فيه شهادة واحد، كسائر الحقوق، فإن لم يقدر على اثنين، أجزأ واحد؛ لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به؛ لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة، فاجتزئ فيه بشهادة واحد، بمنزلة العيوب تحت الثياب، يقبل فيها قول المرأة الواحدة، فقبول قول الرجل الواحد أولى.

[فصل اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة]

(٨٤٩٤) فصل: قال أحمد - رحمه الله -، إذا قال: اشهد على مائة درهم ومائة درهم. فشهد على مائة دون مائة، كره، إلا أن يقول: أشهد ولي على مائة ومائة. يحكيه كله للحاكم كما كان. وقال أحمد: إذا شهد على ألف، وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين، فقال له صاحب الحق: أريد أن تشهد لي على مائة، لم يشهد إلا بألف. قال القاضي: وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد، قال الله تعالى: ﴿ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها﴾ [المائدة: ١٠٨] .

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٧/١٠

ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه، لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد. وقال أبو الخطاب: عندي يجوز أن يشهد بذلك؛ لأن من شهد بألف، فقد شهد بمائة، فإذا شهد بمائة، لم يكن كاذبا في شهادته، فجاز، كما لو كان قد أقرضه مائة مرة، وتسعمائة مرة أخرى. والأول أصح؛ لما ذكره القاضي، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التي شهدت بأصله، فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين.

[فصل شهد بألف درهم ومائة دينار]

(٨٤٩٥) فصل: قال أحمد: إذا شهد بألف درهم ومائة دينار، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره. قال القاضي: لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك، جاز أن تحمل الشهادة عليه، والله أعلم.". (١)

٦٦٤. ٣٢٤-"ونحوها، سمعت دعواها. بغير خلاف نعلمه؛ لأنها تدعي حقا لها تضيفه إلى سببه، فتسمع دعواها، كما لو ادعت ملكا أضافته إلى الشراء. وإن أفردت دعوى النكاح، فقال القاضي: تسمع دعواها أيضا؛ لأنه سبب لحقوق لها، فتسمع دعواها فيه، كالبيع. وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر، لا تسمع دعواها؛ فيه لأن النكاح حق للزوج عليها، فلا تسمع دعواها حقا لغيرها. فإن قلنا بالأول، سئل الزوج، فإن أنكر ولم تكن بينة، فالقول قوله من غير يمين؛ لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها، فلأن لا يستحلف من الحق له، وهو ينكره، أولى.

ويحتمل أن يستحلف؛ لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين. وإن قامت البينة بالنكاح، ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها. وأما إباحتها له، فتنبني على باطن الأمر، فإن علم أنها زوجته حلت له؛ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق، ولا نوى به الطلاق، وإن علم أنها ليست امرأته؛ إما لعدم العقد، أو لبينونتها منه، لم تحل له. وهل يمكن منها في الظاهر؟ يحتمل وجهين؛ أحدهما، يمكن منها؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية.

والثاني، لا يمكن منها، لإقراره على نفسه بتحريمها عليه، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه، كما لو تزوج امرأة، ثم قال: هي أختي من الرضاعة. فإذا ثبت هذا، فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/١٠

فيما ذكرنا، من الكشف عن سبب النكاح، وشرائط العقد. ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل.

[فصل ما لا يشترط فيه الولي والشهود]

(٨٤٩٩) فصل: فأما سائر العقود غير النكاح، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها، فلا يفتقر إلى الكشف، وذكر الشروط، في أصح الوجهين؛ لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولي والشهود، فلم تفتقر إلى الكشف، كدعوى العين، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها؛ لأنها مبيع، فأشبهت الجارية، وكذلك إذا كان المدعى عينا أو دينا، لم يحتج إلى ذكر السبب؛ لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر، وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه، فلا يكلف بيانه، ويكفيه أن يقول: أستحق هذه العين التي في يده، أو أستحق كذا وكذا في ذمته. ويقول في البيع: إني اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم، أو بعتها منه بذلك. ولا يحتاج أن يقول: وهي ملكه، أو وهي ملكي - ونحن جائز الأمر - وتفرقنا عن تراض.

وذكر أبو الخطاب في العقود وجها آخر، أنه يشترط ذكر شروطها، قياسا على النكاح. وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين، ووجها ثالثا، أنه إن كان المبيع جارية، اشترط ذكر شروط البيع؛ لأنه". (١)

٦٦٥. ٣٢٥-"كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل، وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج، فيستويان على كل واحد من القولين.

وذكر أبو الخطاب فيها، رواية أخرى، أنه يقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، حلف أنها لا حق للآخر فيها، وكانت العين له، كما لو كانت في يد غيرهما. والأول أصح؛ للخبر والمعنى. واختلفت الرواية، هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به، أو يكون له من غير يمين؟ فروي أنه يحلف، وهذا ذكره الخرقي؛ لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح، وجب إسقاطهما، كالخبرين إذا تعارضا وتساويا، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به. وهذا أحد قولي الشافعي؛ بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته، وكل واحد منهما داخل في نصفها، فيحكم له به ببينته، ويحلف معها، في أحد القولين. والرواية الأخرى، أن العين

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٤/١٠

تقسم بينهما من غير يمين. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي. وهو **أصح**؛ للخبر والمعنى الذي ذكرناه. ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين؛ لأن كل بينة راجحة في نصف العين، على كل واحد من القولين.

وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين. فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا، وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر، نتجت في ملكه، فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين؛ إحداهما، لا يرجح به. وهو اختيار الخرقي؛ لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه، وهو ملك العين الآن، فوجب تساويهما في الحكم. والثانية، تقدم بينة النتاج وما في معناه. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنها تتضمن زيادة علم، وهو معرفة السبب، والأخرى خفي عليها ذلك، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف، فتقدم الأولى عليها، كتقدم بينة الجرح على التعديل. وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما.

[فصل تعارض البينتان في الملك]

(٨٥٠٩) فصل: فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين، فظاهر كلام الخرقي". (١)

٦٦٦. ٣٢٦-"والثاني، يقدم الشاهدان، لأنهما حجة متفق عليها، والشاهد واليمين مختلف فيهما، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين، فيجب تقديمها، كتقديمها على يمين المنكر، وهذا الوجه **أصح**، إن شاء الله. وللشافعي قولان، كالوجهين.

[فصل في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها]

(٨٥١١) فصل: وإذا كان في أيديهما دار، فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها، ولا بينة لهما، فهي بينهما نصفين. نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على الآخر؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه. ولا نعلم في هذا خلافا. إلا أنه حكي عن ابن شبرمة، أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٠/١٠

دعواهما فيه. ولنا أن يد مدعي النصف على ما يدعيه، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى. فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه، فقد تعارضت بينتاهما فالنصف، لمدعي الكل، والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم، وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي، فتكون الدار كلها لمدعي الكل. وهو قول أبي حنيفة، وصاحبيه.

فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها، فالنصف لصاحب الكل، لا منازع له فيه، ويقرع بينهما في النصف الآخر، فمن خرجت له القرعة، حلف، وكان له. وإن كان لكل واحد بينة، تعارضتا وسقطتا، وصارا كمن لا بينة لهما. وإن قلنا: تستعمل البينتان. أقرع بينهما، وقدم من تقع له القرعة، في أحد الوجهين. والثاني، يقسم النصف المختلف فيه بينهما، فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

[فصل الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها]

(٨٥١٢) فصل: فإن كانت الدار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، وادعى الآخر ثلثها، وادعى الآخر سدسها، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم، وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة، أو عارية معي، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة، قضي له به؛ لأن بينته تشهد له بما ادعاه، ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة، حلف كل واحد منهم، وأقر في يده ثلثها. (٨٥١٣) فصل: فإن ادعى أحدهم جميعها، وادعى الآخر نصفها، والآخر ثلثها، فإن لم تكن لواحد منهم بينة، قسمت بينهم أثلاثا، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به؛ لأن يد كل واحد منهم على ثلثها. وإن كانت لأحدهم بينة، نظرت؛ فإن كانت لمدعي الجميع، فهي له، وإن كانت لمدعي النصف، أخذه، والباقي بين الآخرين نصفين، لمدعي الكل السدس بغير يمين، ويحلف على نصف السدس، ويحلف الآخر على الربع". (١)

٦٦٧. ٣٢٧-"وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم، فهما سواء، ويقرع بينهما، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف؛ لأن الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر. وقال أبو بكر وابن أبي موسى: يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة؛ لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبدا والآخر حرا، ولا كذلك هاهنا، فيجب أن تقسم الوصية بينهما، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته، كما لو وصى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٢/١٠

لاثنين بمال. والأول قياس المذهب؛ لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت، وقد ثبت في الإعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين، فكذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضي لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات، فيثبت. فأما إن صرح، فقال: إذا مت، فنصف كل واحد من سالم وغانم حر. أو كان في لفظه ما يقتضيه، أو دلت عليه قرينة، ثبت ما اقتضاه.

[فصل شهادة الأجنبية في العتق]

فصل: وإن خلف المريض ابنين، لا وارث له سواهما، فشهدا أنه أعتق سالما في مرض موته، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانما في مرض موته، وكل واحد ثلث ماله، ولم يطعن الابنان في شهادتهما، وكانت البينتان عادلتين، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين، سواء؛ لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين. فإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين، وقالا: ما أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله، إنما أعتق سالما. لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية؛ لأنها بينة عادلة مثبتة، والأخرى نافية، وقول المثبت يقدم على قول النافي، ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة في شهادتهما، في أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه، أو خرجت له القرعة، ويرق إذا تأخر تاريخه، أو خرجت القرعة لغيره. وأما الذي شهد به الابنان، فيعتق كله؛ لإقرارهما بإعتاقه وحده، واستحقاقه للحرية. وهذا قول القاضي.

وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم، وهو ثلث الباقي؛ لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة، وكالذاهب من التركة بموت أو تلف، فيعتق ثلث الباقي. وهو ثلثا غانم. والأول **أصح**؛ لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت، وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم، إنما عتق بالشهادة بعد الموت، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته.

فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية، ثبت العتق لسالم، ولم يزاحمه من شهد له الابنان، لفسقهما؛ لأن شهادة الفاسق كعدمها، فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت ببينة عادلة، وقد أقر الابنان بعتق غانم، فينظر؛ فإن تقدم تاريخ عتقه، أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له، عتق كله، كما قلنا في التي قبلها.

وإن تأخر تاريخ عتقه، أو خرجت القرعة لغيره، لم يعتق منه شيء؛ لأن الابنين لو كانا عدلين، لم يعتق

منه شيء، فإذا كانا فاسقين أولى.". (١)

٦٦٨. ٣٢٨-"[فصل عتق العبيد في الميراث]

(٨٦١٨) فصل: وإن كان للمعتق مال غير العبد مثلا قيمة العبيد أو أكثر، عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث، وإن كان أقل من مثليهم، عتق من العبد قدر ثلث المال كله، فإذا كان العبيد كلهم نصف المال، عتق ثلثاهم، وإن كانا ثلثي المال، عتق نصفهم، وإن كانوا ثلاثة أرباعه، عتق أربعة أتساعهم، وطريقه أن تضرب قيمة العبد في ثلاثة، ثم تنسب إليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها، فإذا كان قيمة العبد ألفا، وباقي التركة ألف، ضربت قيمة العبد في ثلاثة، تكن ثلاثة آلاف، ثم تنسب إليها الألفين، تكن ثلثيها، فيعتق ثلثاهم. وإن كان قيمة العبد ثلاثة آلاف، وباقي التركة ألف، ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها، وإن كان قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت إليها خمسة آلاف، تكن ربعها وسدسها، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم.

[فصل كان على الميت دين يحيط بالتركة وأوصي بالعتق]

(٨٦١٩) فصل: وإن كان على الميت دين يحيط بالتركة، لم يعتق منهم شيء. وإن كان يحيط ببعضها، قدم الدين؛ لأن العتق وصية، وقد «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن الدين قبل الوصية» . ولأن قضاء الدين واجب، وهذا تبرع، وتقديم الواجب متعين. وإن كان الدين بقدر نصف العبيد، جعلوا جزأين، وكتبت رقعتان؛ رقعة للدين، ورقعة للتركة، وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين، فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه، وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة، على ما تقدم. وإن كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع؛ رقعة للدين، واثنتان للتركة، وإن كان بقدر ربعهم، كتب أربع رقاع؛ رقعة للدين، وثلاثة للتركة، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة. وإن كتب رقعة للدين، ورقعة للحرية، ورقعتان للتركة، جاز. وقيل: لا يجوز؛ لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين.

والأول أصح؛ لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء، فأما إذا كان له وفاء، لم يمنع منه، بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين، فإنه لا يمنع من العتق قبل

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٤/١٠

وفائه.

[فصل أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم]
فصل: وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم، أو واحدا منهم غير معين، فمات أحدهم،". (١)

٦٦٩. ٣٢٩-"والثاني، يعتقان معا. وهو قول الليث، ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة، فلا تزول، كسائر الأحرار، ولأن قول المعتق: ذكرت من كنت نسيته. يتضمن إقرارا عليه بحرية من ذكره، وإقرارا على غيره، فقبل إقراره على نفسه، ولم يقبل على غيره. وأما إذا لم يقرع، فإنه يقبل قوله، فيعتق من عينه، ويرق غيره، فإذا قال: أعتقت هذا. عتق، ورق الباقون، وإن قال: أعتقت هذا، لا بل هذا. عتقا جميعا؛ لأنه أقر بعتق الأول فلزمه، ثم أقر بعتق الثاني فلزمه، ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول. وكذلك الحكم في إقرار الوارث.

[مسألة ملك شقصا من عبد فأعتقه في مرض موته أو دبره]
. (٨٦٢٥) مسألة: قال (وإذا ملك نصف عبد، فدبره أو أعتقه في مرض موته، فعتق بموته، وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه، أعطي، وكان كله حرا في إحدى الروايتين. والأخرى، لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه) وجملته أنه إذا ملك شقصا من عبد، فأعتقه في مرض موته، أو دبره، أو وصى بعتقه ثم مات، ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك، لم يعتق إلا نصيبه. بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم، إلا قولا شاذا، أو قول من يرى السعاية؛ وذلك أنه ليس من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص، فيبقى معسرا، بمنزلة من أعتق في صحته شقصا وهو معسر.
فأما إن كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه، ففيه روايتان إحداهما، يسري إلى نصيب الشريك، فيعتق العبد جميعه، ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه؛ لأن ثلث المال للمعتق والملك فيه تام، وله التصرف فيه بالتبرع والإعتاق وغيره، فجرى مجرى مال الصحيح، فيسري عتقه، كسراية عتق الصحيح الموسر. والرواية الثانية، لا يعتق إلا حصته؛ لأنه بموته يزول ملكه إلى ورثته، فلا يبقى شيء يقضى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٤/١٠

منها للشريك. وبهذا قال الأوزاعي؛ لأن الميت لا يضار. وقال القاضي: ما أعتقه في مرض موته سرى، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر. وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة **أصح**، والرواية في وقوفه في التدبير **أصح**. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن العتق في الحياة ينفذ في حال ملك العتق وصحة تصرفه، وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله، وأما التدبير والوصية، فإنما يحصل العتق به في حال يزول ملك المعتق وتصرفاته. والله أعلم.

[مسألة دبر بعض عبده وهو مالك لكله]

. (٨٦٢٦) مسألة: قال (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه، وهو مالك لكله) وجملته أنه إذا دبر بعض عبده، وهو أن يقول: إذا مت فنصف عبدي حر. ثم مات، فإن كان". (١)

٦٧٠. ٣٣٠-"بماله فماله لسيده» ولأن العبد وماله كانا جميعا للسيد، فأزال ملكه عن أحدهما، فبقي ملكه في الآخر، كما لو باعه، وقد دل على هذا حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - «من با ع عبدا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» فأما حديث ابن عمر، فقال أحمد: يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر، وهو ضعيف في الحديث، كان صاحب فقه، فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي.

وقال أبو الوليد: هذا الحديث خطأ، فأما فعل ابن عمر، فإنه تفضل منه على معتقه. قيل للإمام أحمد: كان هذا عندك على التفضل؟ فقال: إي لعمري على التفضل قيل له: فكأنه عندك للسيد؟ فقال: نعم، للسيد، مثل البيع، سواء.

[مسألة قال لعبده أنت حر في وقت سماه]

. (٨٦٣٥) مسألة: قال: (واذا قال لعبده: أنت حر في وقت سماه، لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت) وجملة ذلك أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجيء وقت، مثل قوله: أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، قال أحمد إذا قال لغلامه أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٧/١٠

رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال منه، واذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال، وقال إسحاق كما قال أحمد وحكي عن مالك أنه إذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحال، والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لأنه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق، وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال، وقد روي عن أحمد أنه لا يطؤها لأن ملكه غير تام عليها والأول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول، فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا أديت إلي ألفا فأنت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المكاتبة لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن إكسابها بخلاف مسألتنا.". (١)

٦٧١. ٣٣١-"وأبي حنيفة؛ لأنه أعتقه بعوض، فلم يعتق بدون قبوله، كما لو قال: أنت حر بألف. وهذه الرواية أصح؛ لأن " على " تستعمل للشرط والعوض، قال الله تعالى: ﴿قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشدا﴾ [الكهف: ٦٦] . وقال تعالى ﴿فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا﴾ [الكهف: ٩٤] . ولو قال في النكاح: زوجتك ابنتي فلانة، على صداق خمسمائة درهم. فقال الآخر: قبلت. صح النكاح، وثبت الصداق. وقال الفقهاء: إذا تزوجها على ألف لها، وألف لأبيها، كان ذلك جائزا. فأما إذا قال: أعتقتك على أن تخدمني سنة. فقبل، ففيها روايتان، كالتي قبلها. وقيل: إن لم يقبل العبد، لم يعتق. رواية واحدة. فعلى هذا، إذا قبل العبد، عتق في الحال، ولزمته خدمته سنة. فإن مات السيد قبل كمال السنة، رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: تقسط قيمة العبد على خدمة السنة، فيقسط منها بقدر ما مضى، ويرجع عليه بما بقي من قيمته.

ولنا أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض، رجع إلى قيمته، كالخلع في النكاح، والصلح في دم العمد. وإن قال: أنت حر، على أن تعطيني ألفا. فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل، فإذا قبل، عتق، ولزمه الألف. وإن قال: أنت حر بألف. لم يعتق حتى يقبل، فيعتق، ويلزمه ألف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٢/١٠

[فصل علق عتق أمته بصفة وهي حامل]

(٨٦٤٣) فصل: وإذا علق عتق أمته بصفة، وهي حامل، تبعها ولدها في ذلك؛ لأنه كعضو من أعضائها، فإن وضعته قبل وجود الصفة، ثم وجدت الصفة، عتق؛ لأنه تابع في الصفة، فأشبه ما لو كان في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن. وإن كانت حائلا حين التعليق، ثم وجدت الصفة وهي حامل، عتقت هي وحملها؛ لأن العتق وجد فيها وهي حامل، فتبعها ولدها، كالمنجز. وإن حملت بعد التعليق، وولدت قبل وجود الصفة، ثم وجدت بعد ذلك، لم يعتق الولد؛ لأن الصفة لم تتعلق به لا في حال التعليق، ولا في حال العتق. وفيه وجه آخر، أنه يتبعها في العتق، قياسا على ولد المدبرة.

وإن بطلت الصفة ببيع أو موت، لم يعتق الولد؛ لأنه إنما يبيعها في العتق، لا في الصفة، فإذا لم توجد فيها، لم يوجد فيه، بخلاف ولد المدبرة؛ فإنه تبعها في التدبير فإذا بطل فيها، بقي فيه.

[مسألة أسلمت أم ولد النصراني]

(٨٦٤٤) مسألة: قال: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني، منع من غشيانها، والتلذذ بها، وأجبر على نفقتها، فإن أسلم، حلت له وإذا مات عتقت) هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد؛ فإنه أليق بها.". (١)

٦٧٢. ٣٣٢-"أحدهما، خاص، نحو أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو في بلدي هذا، أو عامي هذا، فأنت حر، فهذا جائز على ما قال، إن مات على الصفة التي شرطها عتق العبد، وإلا لم يعتق. وقال مهنا: سألت أحمد عن من قال لعبده: أنت حر مدبر اليوم؟ قال: يكون مدبرا ذلك اليوم، فإن مات ذلك اليوم صار حرا. يعني إذا مات المولى.

الضرب الثاني، أن يعلق التدبير على صفة، مثل أن يقول إن دخلت الدار، أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مريضي، فأنت حر مدبر، أو فأنت حر بعد موتي. فهذا لا يصير مدبرا في الحال؛ لأنه علق التدبير على شرط، فإذا وجد، صار مدبرا، وعتق بموت سيده، وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد، ووجد بعد موته، لم يعتق؛ لأن إطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة، بدليل ما لو

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٨/١٠

علق عليه عتقا منجزا، فقال إذا دخلت الدار، فأنت حر. فدخلها بعد موته، لم يعتق، وكما لو قال لوكيله: بع عبدي. فمات الموكل قبل بيعه، بطلت وكالته. ولأن المدبر من علق عتقه بالموت، وهذا قبل الموت لم يكن مدبرا، وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير.

وإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر. فذكر أبو الخطاب فيها روايتين؛ إحداهما، لا يعتق. وهو قياس المنصوص عنه، في قوله: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر. فإنه قال: لا يعتق؛ لأنه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره، فلم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك، فأنت حر. ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه، فلم يعتق كالمنجز. والثانية، يعتق. وهو الذي ذكره القاضي. وهو مذهب؛ الشافعي؛ لأنه صرح بذلك، فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها، ويفارق التصرف بعد البيع؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه، بخلاف ما بعد البيع. والأول أصح، إن شاء الله تعالى. ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة؛ لأن الملك لا يستقر للورثة فيه، ولا يملكون التصرف فيه، بخلاف مسألتنا.

وقولهم: حصل له التصرف في ثلثه. قلنا: إنما يتصرف فيه تصرفا يثبت عقيب موته، ويمنع انتقاله إلى الوارث، وإن ثبت للوارث، فهو ثبوت غير مستقر، وقد قيل: يكون مراعى، فإذا قبل الموصى له، تبينا أن الملك كان له من حين الموت. وإن لم يقبل، تبينا أنه كان للوارث. فعلى قولنا: لا يعتق بالدخول بعد الموت. للوارث التصرف فيه كيف شاء، ومن صحح هذا الشرط، احتمل". (١)

٦٧٣. ٣٣٣-"وجملته أن تدبير الصبي المميز، ووصيته، جائزة. وهذا إحدى الروايتين عن مالك، وأحد قولي الشافعي. قال: بعض أصحابه: هو أصح قوليه. وروي ذلك عن عمر، وشريح، وعبد الله بن عتبة. وقال الحسن، وأبو حنيفة: لا يصح تدبيره، كالمجنون. وهو الرواية الثانية عن مالك، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه لا يصح إعتاقه، فلم يصح تدبيره، كالمجنون.

ولنا، ما روى سعيد، عن هشيم، عن يحيى عن ابن سعيد، عن أبي بكر بن محمد، أن غلاما من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان، بأرض يقال لها: بئر جشم قومت بثلاثين ألفا، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، فأجاز الوصية. قال يحيى بن سعيد: وكان الغلام ابن عشر سنين، أو اثنتي عشرة سنة. وروي أن قوما سألوا عمر - رضي الله عنه - عن غلام من غسان يافع، وصى لبنت عمه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٤٤

فأجاز عمر وصيته. ولم نعرف له مخالفا، ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين، لأنهما باقيا لا يلزمه، فإذا مات كان ذلك صلة وأجرا، فصح، كوصية المحجور عليه لسفه، ويخالف العتق، لأن فيه تفويت ماله عليه في حياته ووقت حاجته.

فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر؛ فلقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع» . وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر - رضي الله عنه -. واعتبر المرأة بتسع؛ لقول عائشة - رضي الله عنها -: إذا بلغت الجارية تسع سنين، فهي امرأة. ويروى ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرفوعا. ولأنه السن الذي يمكن بلوغها فيه، ويتعلق به أحكام سوى ذلك.". (١)

٦٧٤. ٣٣٤-"غريم، فلم يصح شرط ترك السفر عليه، كما لو أقرضه رجل قرضا بشرط أن لا يسافر. وقال أبو الخطاب يصح الشرط، وله منعه من السفر. وهو قول مالك؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم.» ولأنه شرط له فيه فائدة، فلزم كما لو شرط نقدا معلوما. وبيان فائدته، أنه لا يأمن إباقه وأنه لا يرجع إلى سيده، فيفوت العبد والمال الذي عليه، ويفارق القرض فإنه عقد جائز من جانب المقرض، متى شاء طالب بأخذه، ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله، فلا يمنع من تحصيله. وهذا **أصح**، إن شاء الله تعالى، وأولى.

فعلى هذا الوجه، لسيده منعه من السفر، فإن سافر بغير إذنه، فله رده إن أمكنه، وإن لم يمكنه رده، احتمل أن له تعجيزه، ورده إلى الرق؛ لأنه لم يف بما شرطه عليه، أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة. واحتمل أن لا يملك ذلك؛ لأنه مكاتب كتابة صحيحة، لم يظهر عجزه، فلم يملك تعجيزه، كما لو لم يشترط عليه.

[فصل شرط في كتابته أن لا يسأل]

(٨٧٣٠) فصل: وإن شرط في كتابته أن لا يسأل، فقال أحمد: قال جابر بن عبد الله: هم على شروطهم، إن رأيته يسأل تنهاه. فإن قال: لا أعود. لم يرده عن كتابته في مرة. فظاهر هذا أن الشرط

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٩/١٠

صحيح لازم، وأنه إن خالف مرة، لم يعجزه، وإن خالف مرتين أو أكثر، فله تعجيزه.
قال أبو بكر: إذا رآه يسأل مرة في مرة، عجزه، كما إذا حل نجم في نجم، عجزه. فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين. وإنما صح الشرط؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم» . ولأن له في هذا فائدة وغرضا صحيحا، وهو أن لا يكون كلا على الناس، ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم. وذكر أبو الخطاب، أنه لا يصح الشرط؛ لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة، بقوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾ [التوبة: ٦٠] . وهم المكاتبون، فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى.

[مسألة زواج المكاتب]
(٨٧٣١) مسألة: قال: (وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده) . وهذا قول الحسن، ومالك، والليث، وابن أبي ليلى، وأبي حنيفة، والشافعي، وأبي يوسف. وقال الحسن بن صالح: له ذلك؛ لأنه عقد معاوضة، أشبه البيع.". (١)

٦٧٥. ٣٣٥-"وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة ولأن ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها، وهذا أصح، والله أعلم.

[فصل المكاتبة إن أعتقها سيدها]
(٨٧٥٤) فصل: وإن أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها، وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه. فأما على قول الخرقي ومن وافقه، فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد. ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضا؛ لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضى منه بإعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد فإنه حصل بغير رضى الورثة واختيارهم، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء، فمتى كان له غرض في أخذ ماله، إما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته، وإما لغرض له في بعض أعيان ماله، أعتقه وأخذ ماله، وهذا ضرر على المكاتب لم

---
(١) المغني لابن قدامة ٣٩١/١٠

يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع.

[فصل المكاتبة إن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها.]

(٨٧٥٥) فصل: وإن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين، أيهما سبق عتق به كالأم سواء؛ لأنه تابع لها فيثبت له ما يثبت لها وإن ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده وإن اختلفا في ولدها فقالت: ولدته بعد كتابتي أو بعد ولايتي. وقال السيد: بل قبله. فقال أبو بكر: القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي؛ لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقا، لسيدهما التصرف فيهما وهي تدعي ما يمنع التصرف.

وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد: هو لي؛ لأنها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب: بل بعده فالقول قول المكاتب؛ لأنهما في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال ويفارق ولد المكاتبة؛ لأنها لا تدعي ملكه.

[فصل كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحدهما]

(٨٧٥٦) فصل: إذا كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطئ؛ لمكاتبته الخالصة له؛ لأن الوطء هاهنا حرم من وجهين؛ الشركة والكتابة، فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر، وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحدا، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر، فإذا حل نجمها سلمته إليهما، وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطئ بالمهر، وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته". (١)

٦٧٦. ٣٣٦-"وروي عن أحمد في هذا روايتان، إحداهما لا تجب قيمته؛ لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه، والثانية عليه نصف قيمته؛ لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته.

قال القاضي: هذه الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها إن وضعته

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٠٣

بعد التقويم فلا شيء على الواطئ، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته، فإن ادعى الواطئ الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء؛ لأنا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء.

[فصل كانت الأمة بين شريكين ووطئاها جميعا]

(٨٧٥٧) فصل: وإن وطئاها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها، فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما، وإن كانت بكرا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر، وعلى الآخر مهر ثيب، فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين، وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة، فإن أدت إليهما عتقت، وكان لهما المطالبة بالمهرين، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء؛ لأنها قبضتهما وهي مستحقة لذلك، فإن كانا في يدها اقتسماهما، وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما؛ لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه،

وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين – وهما سواء – سقط عن كل واحد ما عليه، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه.

وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر – أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها، وإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها؛ لأن الإفضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب في الأمة ثلث قيمتها مع المهر.

فصل: ويحتمل أن يلزمه في الإفضاء قدر نقصها. وقال القاضي: تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في إفضاء الحرة وقد ذكرناه، فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٠٥

٦٧٧. ٣٣٧-"بما في يده تعلقا واحدا فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر؛ ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق، ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة.

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئا لم يصح القبض، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن في القبض، وإن أذن فيه ففيه وجهان - ذكرهما أبو بكر - أحدهما: يصح؛ لأن المنع لحقه فجاز بإذنه، كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه، أو أذن البائع للمشتري في قبض البيع قبل توفية ثمنه، أو أذنا للمكاتب في التبرع، ولأنهما لو أذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له، كذلك هاهنا. والثاني: لا يجوز وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني؛ لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غيره فيه، وإنما حق سيده في ذمته.

والأول **أصح** إن شاء الله تعالى؛ لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع. وقولهم: إنه ملك للمكاتب، تعليق على العلة ضد ما تقتضيه؛ لأن كونه ملكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره، وإنما المنع لتعلق حق سيده به، فإذا أذن زال المانع فصح التقبيض؛ لوجود مقتضيه وخلوه من المانع، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل. فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب؛ لأنه استوفى حقه، ويسري العتق إلى باقيه، وعليه قيمة حصة شريكه؛ لأن عتقه بسببه. هذا قول الخرقي، ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتبا مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولاؤه كله له، وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه، والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه؛ لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصة ما عتق بالسراية لسيده.

وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد؛ لأن الكسب كان ملكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء.

وقال أبو بكر والقاضي: لا يسري العتق في الحال وإنما يسري عند عجزه، فعلى قولهما يكون باقيا على الكتابة، فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما، وولاؤه لهما وما بقي في يده من كسبه فهو له، وإن عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى إليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه. وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق، ولسيده الذي لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة، وله نصف ما بقى والباقي لورثة العبد، فإن لم يكن له وارث من نسبه

فهو للذي أدى إليه بالولاء. وإن قلنا: لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه، ولا تعتق حصته من المكاتب؛ لأنه". (١)

٦٧٨. ٣٣٨-"ماله، وبقي باقيه لحق الورثة، والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة، إذا كان عتقه بها، لأنه إذا بقي عليه شيء، فما حصل الاستيفاء، ويختص المعاوضة، فلم تثبت الحرية في العوض.

[فصل وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة]

(٨٧٨٨) فصل: وإن وصى سيده بإعتاقه، أو إبرائه من الكتابة، وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه في مرضه، أو أبرأه، إلا أنه يحتاج هاهنا إلى إيقاع العتق؛ لأنه أوصى به. وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه، أعتق منه بقدر الثلث، ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق، ويبقى باقيه على باقي الكتابة، فإن أداه، عتق جميعه، وإن عجز، عتق منه بقدر الثلث، ورق الباقي. وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال، كقولنا في من دبر عبدا له وله مال غائب، أو دين في ذمة موسر أو معسر: إنه يعتق ثلثه في الحال، وإن لم يحصل للورثة في الحال شيء. ولأن حق الورثة متحقق الحصول، فإنه إن أدى، وإلا عاد الباقي قنا، وذكر القاضي فيه وجها آخر، أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه؛ لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه، ويتأخر حق الوارث، وكذلك لو كان له مال غائب، أو دين حاضر، لم تتنجز وصيته من الحاضر. والأول أصح؛ لما ذكرناه.

وأما الحاضر والغائب، فإنه إن كان أوصى له بالحاضر، أخذ ثلثه في الحال، ووقف الباقي على قدوم الغائب، فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر، ولم يحصل للورثة شيء في الحال، فهو كمسألتنا، ولم يكمل له جميع وصيته؛ لأن الغائب غير موثوق بحصوله، فإنه ربما تلف، بخلاف ما نحن فيه. فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة، فإنها تقف على أداء مال الكتابة.

[مسألة ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٣/١٠

مسألة؛ قال: وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته، وأتى بشاهد، حلف مع شاهده، وصار حرا وهذا قول الشافعي – رضي الله عنه –؛ لأن النزاع بينهما في أداء المال، والمال يقبل فيه الشاهد واليمين. فإن قيل: القصد بهذه الشهادة العتق، وهو مما لا يثبت بشاهد ويمين. قلنا: بل يثبت بشاهد ويمين، في رواية، وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك، لكن الشهادة هاهنا إنما هي بأداء المال، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول، ولم يشهد الشاهد به، ولا بينهما، فيه نزاع، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة، ويترتب عليها ثبوت النسب، الذي لا يثبت بشهادة النساء، ولا بشاهد واحد. (٨٧٩٠)

فصل: فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر. وإن قال العبد: لي شاهد". (١)

٦٧٩. ٣٣٩–"والثاني، يحتسب عليه بمدته؛ لأن مال الكتابة دين مؤجل، فيحتسب بمدة الحبس من الأجل، كسائر الديون المؤجلة. فعلى هذا الوجه، يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها. والأول أصح؛ لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته، فإذا حبسه مدة، وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة؛ ليستوفي الواجب له، ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة، وتفويت مقصودها، ورده إلى الرق، ولأن عجزه عن أداء نجومه في محلها بسبب من سيده، فلم يستحق به فسخ العقد، كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن، لم يستحق فسخ البيع، ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها، لم يستحق فسخ العقد؛ كذا، هاهنا.

الوجه الثالث، أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به؛ من تخليته مثل تلك المدة، أو أجر مثلها؛ لأنه قد وجد سببهما، فكان للمكاتب أنفعهما.

[فصل أوصى بأن يكاتب عبده]

(٨٨٤٦) فصل: وإذا أوصى بأن يكاتب عبده، صحت الوصية؛ لأن الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي، فإذا أوصى به، صح، وتعتبر قيمته من ثلثه؛ لأنه تبرع من جهته فإنه بيع ماله بماله. فإن خرج من الثلث؛ لزمهم كتابته، ولا يعتبر مال الكتابة من ماله. ذكره القاضي؛ لأنه نماء ماله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٩/١٠

وفائدته، ولأن الاعتبار بحالة الموت، وهو لا يملك مال الكتابة، ثم ينظر؛ فإن عين مال الكتابة، كاتبوه عليه، سواء كان أقل من قيمته، أو مثلها أو أكثر. وإن لم يعينه، كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به. والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته؛ لكون دينها مؤجلا. ويجب رد ربعه إليه.

ويعتبر في ذلك رضا العبد؛ لأن الكتابة لا تلزمه، ولا يجوز إجباره عليها بخلاف ما لو وصى بعتقه، فإنه يعتق، ولا يقف على اختياره ولا رضاه. فإن رد الوصية، بطلت. فإن عاد فطلبها، لم تلزمه إجابته إليها؛ لأن وصيته بطلت بالرد، فأشبه الوصية بالمال. وإن لم يكن ردها، وجبت إجابته إليها. وإذا أدى عتق، وكان ولاؤه للموصي بكتابته، كما لو وصى بعتقه، وإن عجز، فللوارث رده في الرق، وإن لم يخرج من الثلث، فإنه يكاتب منه ما خرج من الثلث. وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة، لا تخرج من الثلث، تحاصوا في الثلث، وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية. ويتخرج أن تقدم الكتابة؛ بناء على الرواية التي تقدم العتق؛ لأن الكتابة مقصودها العتق، وتفضي إليه.

ويحتمل أن لا تقدم بحال؛ لأن العتق تغليب وسراية، ليس هو للكتابة، وإفضاؤها إلى العتق لا يوجب تقديمها، كما لو وصى لرجل بابنه، فإنه لا يقدم، مع أن القصد بوصيته العتق، ويفضي إليه.". (١)

٦٨٠. ٣٤٠-"زوجته، أو غيرها من النساء. ويعتبر لصحة الوصية إليها، ما يعتبر في غيرها؛ من العدالة والعقل، وسائر الشروط. وسواء كانت الوصية على أولادها، أو غيرهم، أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه، أو إمضاء وصيته، أو غير ذلك.

[مسألة تزويج أم ولده]

(٨٨٧٦) مسألة: قال: (وله تزويجها، وإن كرهت) وجملته أن للرجل تزويج أم ولده، أحبت ذلك أم كرهت. وبهذا قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -. وهو أحد قولي الشافعي، واختيار المزني وقال في القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها؛ لأنها قد ثبت لها حكم الحرية، على وجه لا يملك السيد إبطالها، فلم يملك تزويجها بغير رضاها، كالمكاتبة. وقال في الثالث: ليس له تزويجها، وإن رضيت؛ لأن ملكه فيها قد ضعف، وهي لم تكمل، فلم يملك تزويجها، كاليتيمة. وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦١/١٠

فيه خلاف.

وقد روي عن أحمد – رضي الله عنه – أنه قيل له: إن مالكا لا يرى تزويجها. فقال: وما نصنع بمالك؟ هذا ابن عمر، وابن عباس، يقولان: إذا ولدت من غيره، كان لولدها حكمها. ولنا، أنها أمة يملك الاستمتاع بها، واستخدامها، فملك تزويجها، كالقن، وفارقت المكاتبة، فإنه لا يملك ذلك منها. والقول الثالث فاسد؛ لذلك، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه. وقولهم: يزوجها الحاكم. لا يصح؛ فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي، أو غيبته، أو عضله، ولم يوجد واحد منها. إذا ثبت هذا، فإنه إذا زوجها فالمهر له؛ لأنه بمنزلة كسبها، وكسبها له. وإذا عتقت بموته، فإن كان زوجها عبدا، فلها الخيار؛ ولأنها عتقت تحت عبد، وإن كان حرا، فلا خيار لها.

[مسألة من قذف أم الولد]

(٨٨٧٧) مسألة: قال: (ولا حد على من قذفها) هذا قول أكثر أهل العلم. وقد روي عن أحمد – رضي الله عنه – أنه عليه الحد؛ لأن ذلك يروى عن ابن عمر ولأن قذفها قذف لولدها الحر، وفيها معنى يمنع بيعها، فأشبهت الحرة. والأول **أصح**؛ لأنها أمة، حكمها حكم الإماء، في أكثر أحكامها، ففي الحد أولى؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطها، ولأنها أمة تعتق بالموت، أشبهت المدبرة، وتفارق الحرة فإنها كاملة.

[فصل قتل الحرة لأمة]

(٨٨٧٨) فصل: ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها؛ لعدم المكافأة. وإن كان القاتل لها رقيقا، وجب القصاص عليه؛". (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٨٤